الدَّعوَى

أُصُولُها وَدُفُوعُها وَبَيِّناتُها



الطبعة الأولى

١٤٤٤ هـ - ٢٠٢٤ م

المملكة الأردنية الهاشمية ٢٧٥.٥٠٧١

- رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية (٢٠٢٣/١٠/٥٤٦٢)
- جرادات ، احمد علي يوسف
- الدعوى: اصولها ودفوعها وبيناتها / احمد علي يوسف جرادات
- دار الفاروق للنشر والتوزيع
- الواصفات: /الدعوى//الشهادة (محاكم)//القضاء الشرعي//الفقه الاسلامي//الفقه الحنفي//القانون المقارن/
- يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

دار الفاروق للنشر والتوزيع

الأردن - عمان - العبدلي - عمارة جوهرة القدس

تلفون: ٠٠٩٦٢٦٤٦٤٠٠٦٤

E- mail: daralfarouq@yahoo.com

الدَّعْوَى
أُصُولها وَدُفُوعها وَبيِّناتها

تأليف

الدُّكتور أُحمد علي جرادات

أستاذ القضاء الشّرعي في كليّة الفِقه الحنفي

جامعَة العُلوم الإسْلامِيّة العالميّة



عمّان - الأرْدُن



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام علىٰ رسول الله وعلىٰ آله وصحبه ومن والاه، وبعد فإن العمل بالقضاء من أجل الاعمال وأشرفها، لأنه يمس حياة الناس ويؤثر فيها، لهذا إذا كان القاضي عادلا مقسطا متبعا لشريعة الله صلح أمر الناس، وعمت الطمأنينة في المجتمع، وإن كان ظالما قاسيا فسد المجتمع وعمت الفوضىٰ وكثر الهرج والمرج، وعلىٰ هذا فقد صنف النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ القضاة إلىٰ ثلاثة أصناف، فالقضاة ثلاثة، اثنان في النار وواحد في الجنة، إما اللذان في النار فواحد قضىٰ بغير بعلم فجار في قضائه، والآخر قضىٰ بظلم فجار أيضا في قضائه، وأما الذي في الجنة فقضىٰ بالحق فعدل بين الناس، ولأهميته ولما يترتب عليه من عدل أو ظلم فقد وصف النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من يلي القضاء كأنه ذبح بغير سكين.

لقد ظل القضاء الإسلامي علىٰ مر الدهور والازمان مزدهرا حيث وصل الىٰ مستوىٰ رفيع من التقدم والازدهار وتطبيق العدالة بين الناس لم تصل اليه أكثر الدول تقدما وحضارة، لأنه نظام رباني يستمد نظامه من شرع المولىٰ جل وعلا الذي لم تستطع النظم الوضعية ولن تستطع أن تصل الىٰ مستواه، إلا إذا سلكت مسلكه وسارت علىٰ نهجه وهداه.

إن النظام القضائي في عصرنا هذا يختلف اختلافا كبيرا عن القضاء في العصور الإسلامية المزدهرة فقد اختزل القضاء الشرعي في مسألة ضيقة جدا ألا وهي مسائل الأحوال الشخصية فقط. أما باقي المسائل فإما أن يطبق فيها النظام الفرنسي، أو النظام الإنجليزي باستثناء المواد المدنية فيطبق فيها الفقه الحنفي.

لقد أقرت كلية الفقه الحنفي تدريس مادة القضاء الشرعي والافتاء، وحتىٰ هذا التاريخ لا يوجد مرجعا معينا لتدريس المواد المطروحة في برنامج القضاء والافتاء،

وقد كلفت من قبل الكلية ممثلة بعميدها الأستاذ الدكتور صلاح أبو الحاج بوضع مراجع معتمدة لتدريس هذه المواد، فقد الفت كتابا في أصول المحاكمات، وآخر في القضايا والاحكام، وآخر في التنفيذ الشرعي، والرابع في الصكوك والتوثيقات وهذا الأخير في الدعوىٰ حيث اسميته «الدعوىٰ، أصولها ودفوعه وبيناتها، حيث قسمت الكتاب الىٰ ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أصول الدعوىٰ.

الباب الثاني: في الدفوع الواردة علىٰ الدعوىٰ.

الباب الثالث: في بينات الدعوىٰ.

وقسمت كل باب الىٰ مباحث وكل مبحث اذا احتاج الامر الىٰ مطالب معينة، وقد سلكت في الكتب المذكورة السلاسة في اللغة والعبارة لتكون سهلة لينة، وفي الختام، اسأل الله تعالىٰ أن يكون هذا الجهد خالصا لوجه الله تعالىٰ ونشرا للعلم والله من وراء القصد.

المؤلف

الدكتور أحمد علي جرادات



الباب الأول

الدعوى

وتشمل الفصول التالية

الفصل الأول: تعريف الدعوىٰ في اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني

الفصل الثاني: تعريف المدعي والمدعىٰ عليه في الاصطلاح الشرعي، والقانوني.

الفصل الثالث: ركن الدعوىٰ الشرعية وشروطها وحكمها وسببها ومشروعيتها.

الفصل الرابع: أنواع الدعوىٰ والشرائط المصححة لها

الفصل الخامس: الخصومة في الدعوىٰ

الفصل السادس: شروط قبول الدعوىٰ والجواب عليها ومنع سماعها

الفصل السابع: الشروع في الدعوىٰ.

الفصل الثامن الدعوىٰ المدنية والدعوىٰ الإدارية

الفصل التاسع: الأحكام وطرق الطعن فيها.




الفصل الأول

تعريف الدعوى في

والاصطلاح الشرعي والقانوني




المبحث الأول

تعريف الدعوى

في اللغة والاصطلاح الشرعي

المطلب الأول

تعريف الدعوى في اللغة

الدعوىٰ مشتقة من الدعاء وهو الطلب، وهي اسم للادعاء الذي هو مصدر ادعىٰ زيد علىٰ عمرو مالا، وبفتح الواو لا غير، كفتوىٰ وفتاوىٰ، وقيل: الدعوىٰ لغة قول يقصد به إيجاب حق علىٰ الغير.

للدعوىٰ في اللغة اطلاقات كثيرة منها:

١-**الطلب والتمني**[1] قال تعالىٰ: ﴿ لَهُمْ فِيهَا فَٰكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴿٥٧﴾ ﴾[يس].

٢-**تستعمل بمعنىٰ الدعاء**[2] قال تعالىٰ: ﴿ دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَٰمٌ ﴾[يونس: ١٠].

المطلب الثاني

تعريف الدعوى في الاصطلاح الشرعي

تباينت تعريف الدعوىٰ علىٰ النحو الآتي:

١-**الدعوىٰ**: إضافة الشيء إلىٰ نفسه في حالة المنازعة، وقيل: هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته.

---

١) التعرفات للجرجاني ص٧٢

٢) لسان العرب، ١٤/ ٢٥٧



٢-وهي قول يطلب به الإنسان إثبات حق علىٰ الغير لنفيه، والبينة من البيان، وهو الكشف والإظهار؛ والبينة في الشرع تظهر صدق المدعي وتكشف الحق.

٣-عرفها صاحب درر الحكام شرح مجلة الاحكام بأنها: «طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي، ويقال له المدعي، وللآخر المدعىٰ عليه».[1]

٤-وهي طلب أحد حقه من آخر، قولا أو كتابة، في حضور القاضي، حال المنازعة، بلفظ يدل علىٰ الجزم بإضافة الحق إلىٰ نفسه، أو إلىٰ الشخص الذي ينوب عنه. مثلا: لو ادعىٰ أحد علىٰ آخر قائلا في حضور الحاكم: إن هذه العين لي فيكون قد أضاف الحق إلىٰ نفسه.

---

١)المادة (١٦١٣) من المجلة



المبحث الثاني
تعريف الدعوى في الاصطلاح القانوني

لها في معنيان:

الأول: معنىٰ موضوعي، ينظر إلىٰ ماهيتها أو طبيعتها القانونية من حيث كونها وسيلة قانونية لحماية الحق تنطوي علىٰ سلطة أو مكنة مخولة لصاحب الحق يستطيع بمقتضاها أن يلجأ إلىٰ القضاء لحماية حقه أو المطالبة به، فهي تعد بهذا المعنىٰ عنصرا من عناصر الحق في القانون، لان القانون يتكلم عنها باعتبارها وسيلة لحماية الحق، لا باعتبارها قضايا مطروحة أمام القضاء.

الثاني: معنىٰ إجرائي، إذ تطلق كلمة الدعوىٰ علىٰ الطلب الذي يقدم إلىٰ القضاء، وهو المعنىٰ المألوف للكلمة، فالدعوىٰ هي الوسيلة القانونية التي يتوجه بها صاحب الحق إلىٰ المحكمة للحصول علىٰ حقه أو حمايته.

ولقد عرفها بعض القانونيين بأنها «سلطة الالتجاء إلىٰ القضاء للحصول علىٰ معونته في تقرير الحق أو حمايته»[1] أو سلطة الالتجاء الىٰ القضاء بقصد الوصول الىٰ احترام القانون.[2]

---

١) أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية، ص ١٦

٢) أبو الوفا، الدفوع، ص ٧٨٩




الفصل الثاني

عناصر الدعوى




فيها مبحثان:

المبحث الأول: سبب الدعوىٰ وركنها وأطرافها ومكانها.

المبحث الثاني: شروط الدعوىٰ.

المبحث الأول
سبب الدعوى
وركنها وأطرافها ومكانها

يتضمن هذا المبحث خمسة مطالب:

الأول: سبب الدعوىٰ

الثاني: ركن الدعوىٰ

الثالث: اطراف الدعوىٰ

الرابع: مكان الدعوىٰ

الخامس: أنواع الدعاوىٰ.

المطلب الأول
سبب الدعوى

وأما سببها: قوله أنه في يده، أي قول المدعي أن المدعىٰ به في يد المدعىٰ عليه.

وفي «المبسوط» وغيره: سبب فسادها شيئان، جهالة المدعي، وكونها لا تكون ملزما علىٰ الخصم

سبب الدعوىٰ عند أهل القانون:

١-ذهب بعض فقهاء المرافعات إلىٰ أن حق الدعوىٰ لا يقوم ولا يوجد إلا إذا حصل نزاع حول الحق الموضوعي، فيكون هذا النزاع سببا للدعوىٰ.[1]

٢-ذكر كثير من فقهاء القانون أن سبب الدعوىٰ هو عينه سبب الحق الذي شرعت من أجل حمايته، فالسبب الناقل أو المنشئ لحق الملكية ينقل مع هذا الحق أو

---

١) الوجيز في أصول المحاكمات، رزق الله انطاكي ص١٣٠

ينشئ حقا آخر هو دعوىٰ الملكية، يظهر بوضوح عندما يصبح هذا الحق متحركا بالاعتداء عليه.[١]

وسبب الدعوىٰ بهذا المفهوم يشترط ذكره في صحيفة الدعوىٰ، وإلا فإنها لا تكون صحيحة، والسبب بهذا المعنىٰ يسميه فقهاء المسلمين سبب الاستحقاق في الدعوىٰ.

المطلب الثاني
ركن الدعوى

أما ركنها:

فهو معناها لغة، وهي إضافة الشيء إلىٰ نفسه، لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء، والدعوىٰ إنما تقوم بإضافة المدعي إلىٰ نفسه فكان ركنا.

قال في البدائع أما ركن الدعوىٰ فهو قول الرجل لي علىٰ فلان أو قبل فلان كذا أو قضيت حق فلان أو أبرأني عن حقه ونحو ذلك فإذا قال ذلك فقد تم الركن.[٢]

ركن الدعوى عند أهل القانون:

أما ركن الدعوىٰ بمفهومها القانوني، فيفرق فيه بين المفاهيم المختلفة التي تبناها علماء المرافعات للدعوىٰ:

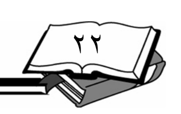
١-فإذا اعتبرت عين الحق الذي تحميه حالة تحركه بالاعتداء عليه، كان ركنها هو ركن ذلك الحق، فبدعوىٰ الملكية ركنها هو ركن حق الملكية، ودعوىٰ الالتزام الشخصي ركنها هو ركن ذلك الالتزام.[٣]

---

١) أصول المرافعات، أحمد مسلم ص١٩٥، ونظرية الدعوىٰ، محمد نعيم ياسين ص ١٦٢

٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/ ٢٢٢ودرر الحكام شرح غرر الاحكام ٢/ ٣٢٩

٣) نظرية الدعوىٰ، ياسين، ص١٦٧



٢-إذا اعتبرت الدعوىٰ عنصر من عناصر تكوين الحق كان ركن الدعوىٰ هو تلك الحماية المعلنة من قبل القانون لهذه المصلحة إما بنص قانوني، أو بقاعدة من القواعد القانونية.[١]

٣-إذا اعتبرت الدعوىٰ حقا عاما يخول الانسان اللجوء الىٰ القضاء من اجل المحافظة علىٰ حقوقه من الاعتداء عليها أو انكارها، فإن ركنها يكون تلك المكنة الملازمة للإنسان منذ ولادته وولادة حقوقه معه.

٤-أما من اعتبرها حقا مستقلا في جميع عناصره وخصائصه عن الحق الموضوعي فقد ذهبوا الىٰ أن الدعوىٰ هي حق الانسان في الحصول علىٰ حكم في الموضوع لصالحه وفي مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية، وبناء علىٰ هذا الرأي يستقل ركن الدعوىٰ عن ركن الحق الموضوعي، إذ أن ركن الحق الموضوعي هو المصلحة المادية أو الأدبية التي يحميها القانون، وركن الدعوىٰ هو مكنة الانسان في الحصول علىٰ حكم في الموضوع لصالحه.[٢]

٥-أما الجماعة الذين عرفوا الدعوىٰ بمثل ما عرفها فقهاء المسلمين، فركن الدعوىٰ عندهم هو المطالبة بالحق، أو إضافة الحق الىٰ نفس المدعي أو من يمثله، لأنها عندئذ تصرف قانوني، ركنه هو جزؤه الذي يقوم به.

المطلب الثالث

أطراف الدعوى

المقصود بأطراف الدعوىٰ، الأشخاص الذين يكون بينهم نزاع وهم كل من المدعي والمدعىٰ عليه، وكل منهما قد ينفرد وقد يتعدد، ولكن يشترط في التعدد أن

---

١) الوجيز في المرافعات المدنية، عبدالمنعم الشرقاوي، ص٢٥

٢) ياسين، نظرية الدعوىٰ ص ١٦٨

يكون المتعدد محصورا.[١]

كيفية التمييز بين المدعي والمدعى عليه في الاصطلاح الشرعي:

اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما علىٰ النحو التالي:

١-قال بعضهم: المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعىٰ عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه.[٢]

٢-قال بعضهم المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا، والمدعىٰ عليه من يدفع ذلك عن نفسه.[٣]

٣-قال بعضهم ينظر إلىٰ المتخاصمين، أيهما كان منكرا فالآخر يكون مدعيا. قال الزيلعي: وهذا صحيح، غير أن التمييز به يحتاج إلىٰ فقه، وحدة ذكاء، إذ العبرة للمعاني دون الصور، ولان الكلام قد يوجد من الشخص في صورة الدعوىٰ وهو انكار كالوديع اذا ادعىٰ الوديعة او هلاكها، فإنه مدع في صورة، ومنكر لوجوب الضمان معنىٰ، ولهذا يحلفه القاضي أنه لا يلزمه الرد ولا الضمان.[٤]

٤-قال بعضهم المدعي من يخبر عما في يد غيره لنفسه، والمدعىٰ عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه، فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر، فالشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره.[٥]

٥-المدعي من يلتمس بدعواه إثبات ملك علىٰ غيره في العين أو في الدين أو يثبت حقا، والمدعىٰ عليه من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه.[٦]

---

١) الفواكه البدرية ص٦٦، ونظرية الدعوىٰ ص ١٧٠

٢) الكتاب مع اللباب ٤/ ٢٦

٣) روضة القضاة، ١/ ١٦٥

٤) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/ ٣١٨

٥) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤

٦) تحفة الفقهاء ٣/ ١٨١

٦-المدعي من إذا ترك الدعوىٰ يترك، والمدعي عليه من إذا ترك الدعوىٰ لم يترك. وذكر محمد أن المدعىٰ عليه هو المنكر.[١]

٧-وقال بعضهم: المدعي: من يحتاج إلىٰ الإثبات والإضافة إلىٰ نفسه، ولا يكفيه مجرد النفي بأن يقول لغيره: هذا العين ليس لك، فبهذا القدر لا يصير مدعياً، ويحتاج إلىٰ أن يقول: هذا العين لي، والمدعىٰ عليه: لا يحتاج إلىٰ الإثبات والإضافة إلىٰ نفسه بل يكفيه مجرد النفي، فإن بمجرد قوله للمدعي هذا العين ليس لك يصير خصماً، ويكفيه ذلك من أن يقول: هو لي.[٢]

٨-وقال بعضهم المدعي: من يكون مخيراً بين الخصومة والكف، وإذا ترك الخصومة يترك ولا يتبع، والمدعىٰ عليه: من لا يكون مخيراً بين الخصومة والكف عنها، وإذا ترك الخصومة لا يترك بل يتبع.

وقال بعضهم: المدعي: من يدّعي ويتمسك بما ليس بثابت، والمدعىٰ عليه من يتمسك بما هو ثابت.[٣]

الفائدة المترتبة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه:

١-أهم ما يستفاد من التمييز بين المدعي والمدعىٰ عليه هو بيان الطرف الذي يقع عليه عبء الاثبات والطرف الذي لا يكلف الا باليمين، عند عدم وجود بينة تشهد للطرف الأول وهذا الامر هو مدار القضاء وعموده،، إذ بعد تحققه لا يبقىٰ علىٰ القاضي إلا تطبيق القواعد القانونية في البينات والترجيح.

٢-من الفوائد المترتبة علىٰ التمييز بين المدعي والمدعىٰ عليه تعيين المحكمة المختصة بنظر القضية.

---

١) تحفة الفقهاء ٣/ ١٨٢والمحيط البرهاني في الفقه النعماني ٩/ ٥ وبدائع الصنائع ٦/ ٢٢٤ ومجمع الأنهر ٢/ ٢٥٠

٢) روضة القضاة، ص ١/ ١٦٥

٣) مجمع الأنهر ٢/ ٢٥٠-٢٥١ والمبسوط ١٧/ ٢٨

أطراف الدعوى عند أهل القانون:

يفترض في كل دعوىٰ مرفوعة أمام القضاء وجود طرفين فيها هما: المدعي والمدعىٰ عليه، وكل واحد منهما قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا اعتباريا، وقد يكون واحدا أو متعددا.[١]

ولذلك، فإن أهل القانون يطلقون علىٰ المدعي بالشاكي، أو البادئ بالخصومة والمدعىٰ عليه بالمشكو منه المراد الحكم عليه.[٢]

تعريف المدعي والمدعى عليه في الاصطلاح القانوني:

المدعي: هو الطرف الذي يقوم بمباشرة الدعوىٰ القضائية ابتداء عند كاتب المحكمة؛ أي الذي ينسب إلىٰ نفسه استحقاق الشيء المدعىٰ به، ورفع الدعوىٰ ضد المدعىٰ عليه للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به بسبب تصرف للمدعىٰ عليه .

المدعىٰ عليه: هو الشخص الذي يلزمه القانون أن يعوض عن الضرر الذي أحدثه سببه للآخر (المدعي)وفي حالة كان هذا الشخص غير متمتع بالأهلية اللازمة للتقاضي، فيتم رفع الدعوىٰ علىٰ من يمثله قانونا، وفي حال عدم وجود من يمثله أو ينوب عنه قانونا، يتوجب علىٰ المحكمة أن تعين من ينوب عنه أو يمثله.

المطلب الرابع
مكان الدعوى

الكلام في مكان الدعوىٰ يتطلب الحديث في موضعين:

الأول: مجلس القضاء.

الثاني: القاضي المختص بنظر الدعوىٰ.

---

١) أصول المرافعات، أحمد مسلم ص٣٠٨

٢) أصول المرافعات، أحمد مسلم ص٣٠٨



أولا: مجلس القضاء

لما كان للقضاء هدف نبيل يتوقف علىٰ تحقيقه رضا الله تعالىٰ وعمران البلاد وسعادة العباد نص الفقهاء علىٰ صفات وخصائص يجب أن تتوفي في مجلس القضاء منها:

١-أن تكون بحيث توفر السبل لجميع الناس للوصل اليه والاهتداء إليه توفيرا للجهد، واقتصاد بالمال. وينبني علىٰ ذلك أن يكون مجلس القضاء في وسط البلد بحيث يصل اليه كل قاصد للتقاضي غريبا كان أو متوطن(١) وأن يكون مجلس القضاء بارزا، فلا يجلس القاضي في موضع مستتر، واستحب البعض أن يكون مجلس القاضي مشرفا.

٢-ان تكون بحيث توفر الاستقرار النفسي والراحة الجسدية للناس الذين يقصدونها للتقاضي. بأن يكون فسيحا لا يتأذىٰ الحاضرون بضيقه، ولا يؤثر فيه الحر ولا البرد.(٢)

مكان الدعوى عند أهل القانون:

مكان الدعوىٰ في التشريعات القضائية الحديثة هي المحكمة، ولها إطلاقان:

الأول: **وهو المعنىٰ الحقيقي لها** حيث يراد بها مكان القضاء بما فيه النظر في الخصومات وإصدار الاحكام فيها.

الثاني: **المعنىٰ الاصطلاحي**، حيث يراد به الأداة التي يتحقق بها القضاء بين الناس، فهي بهذا المعنىٰ النواة التي يصدر عنها ويراد اليها جميع التنظيم القضائي في مختلف صوره.(٣)

---

١) درر الحكام ٢/ ٤٠٦

٢) المهذب، ٢/ ٢٩٣

٣) أصول المرافعات، أحمد مسلم، ص ٤٨ وأصول استماع الدعوىٰ، ص٤٣

ثانيا: القاضي المختص بنظر الدعوى

لا خلاف في أنه إذا كان في البلد قاض واحد يختص بالطرفين فهو الذي ترفع اليه الدعوىٰ، ولكن الخلاف إذا تعدد القضاة في البلد الواحد، واختص كل واحد بمحلة معينة يختص في القضاء بين أهلها ولا يتعداها إلىٰ غيرها فقد اختلف الفقهاء في تحديد لمختص منهم علىٰ الآراء التالية:

١-ذهب الامام أبو يوسف إلىٰ أن الدعوىٰ ترفع الىٰ القاضي الذي يختاره المدعي اذا تعدد القضاة في نطاق البلد الواحد وكان المتنازعان يتبعان لهذا البلد، واحتجوا بأن المدعي هو الذي لا يجبر علىٰ الخصومة بحيث إذا تركها ترك وشأنه فهو المنشئ للخصومة.[1]

٢-ذهب الامام محمد بن الحسن إلىٰ أن الحق في تعيين القاضي الذي ينظر الدعوىٰ هو المدعىٰ عليه وهو المفتىٰ به في المذهب الحنفي، واستندوا إلىٰ أن الأصل براءة الذمة، والمدعىٰ عليه يطلب السلامة لنفسه بدفع التهمة عنه والظاهر يشهد له ومن طلب السلامة أولىٰ بالنظر ممن طلب ضدها.[2]

المطلب الخامس
أنواع الدعاوى والحق المدعى

الدعوىٰ أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة.

أولا: الدعوى الصحيحة

وهي المستوفية لجميع شرائطها، وتتضمن طلبا مشروعا، وهذه الدعوىٰ يترتب عليها جميع أحكامها، وهي الدعوىٰ التي تترتب عليها أحكام إحضار الخصم

---

١) تكملة حاشية ابن عابدين، ٧/ ٤٠١

٢) منحة الخالق علىٰ البحر الرائق، ٧/ ١٩٣



ومطالبته بالجواب والإثبات بالبينة لدىٰ الإنكار ووجوب اليمين.[1]

ثانيا: الدعوى الفاسدة:

وهي التي استوفت جميع شرائطها الأساسية بحيث تكون صحيحة من حيث الأصل، ولكنها مختلة في بعض أوصافها الخارجية، أي في بعض نواحيها الفرعية بصورة يمكن إصلاحها وتصحيحها، ومثالها أن يدعي شخص علىٰ آخر بدين، ولا يبين مقداره، أو يدعي عليه استحقاق عقار ولا يبين حدوده، وأسباب الفساد في الدعوىٰ ترجع إلىٰ نقصانها من أحد شرطين:

١ -**شرط المعلومية**. سواء كان في المدعىٰ ذاته، كالمثالين السابقين، أم كان في ناحية أخرىٰ كنقص معلمية سبب الاستحقاق.

٢ -**الشروط المطلوبة في التعبير المكون للدعوىٰ**، كأن تكون الدعوىٰ في طلب عين من الاعيان ولا يذكر المدعي فيها قوله أنها بيد المدعىٰ عليه، أو يكون مترددا في الالفاظ، ففي مثل هذه الحالات لا ترد الدعوىٰ وانما يطلب من المدعي تصحيح وتوضيح دعواه.[2]

فإذا صححت هذه الدعوىٰ تترتب عليها أحكام الدعوىٰ الصحيحة المذكورة، وتصحيحها يكون بإكمال النقص فيها، فمثلا إذا كان مترددا في دعواه جزم بها، وإذا كان مدعيا بعقار لم يذكر حدوده ذكرها، وإذا كان هناك تناقض في الدعوىٰ رفعه.

الدعوة الباطلة:

وهي الغير صحيحة أصلا وهذه الدعوىٰ غير قابلة للتصحيح ولا يترتب عليها أحكام أي أنه لو ثبتت الدعوىٰ لا يترب لا يترتب علىٰ الخصم شيء والدعوىٰ الباطلة لا تسمع وتردد دون سؤال الخصم عنها.[3]

---

١) درر الحكام ٤/ ١٧٥ والفتاوىٰ الهندية ٤/ ٣ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٨١

٢) درر الحكام، ٤/ ١٧٦ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٨١

٣) درر الحكام، ١/ ١٠٥




الفصل الثالث

شروط الدعوى

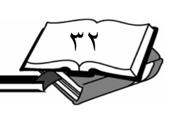





الحديث في شروط الدعوىٰ يتطلب الحديث في مبحثين:

الأول: الشروط المطلوبة في أطراف الدعوىٰ

الثاني: شروط ركن الدعوىٰ



المبحث الأول
الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى

أطراف الدعوى هم: المدعي، والمدعى عليه، والحق المدعى به. وقد اشترط الفقهاء في كل من هؤلاء شروطا معينة نجملها في الآتي:

المطلب الأول
شروط المدعي والمدعى عليه

أولا: الأهلية

وتتمثل في عقل المدعي والمدعى عليه، فلا تصح دعوى المجنون والصبي الذي لا يعقل، وكذا لا تصح الدعوى عليهما حتى لا يلزم الجواب، ولا تسمع البينة، لأنهما مبنيان على الدعوى الصحيحة.

فالأهلية شرط لصحة الدعوى وليست شرطا لصحة الإجراءات فيها، وعلى ذلك إذا باشر الدعوى من ليس أهلا لمباشرتها كانت دعواه غير مقبولة لتقديمها من غير ذي صفة، فالقاصر وفاقد الأهلية لا صفة له في الدفاع عن حقه، ووسيلة التمسك بعدم توافر الأهلية هي الدفع بعدم قبول الدعوى وليس الدفع ببطلان الإجراءات، وقد نصت المادة (١٦١٦) من المجلة على أنه يشترط أن يكون المدعي والمدعى عليه عاقلين، فدعوى المجنون والصبي غير المميز ليست بصحيحة. ولكن يصح أن يكون أولياؤهم وأوصياؤهم مدعين عنهما أو مدعى عليهم بالولاية والوصاية. وقد أشارت لذلك المادة (٧٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي جاء فيها [**يجب أن يكون كل من طرفي الخصومة متمتعا بالأهلية القانونية التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يمثله قانونا، فإن لم يكن له ممثل قانوني تعين المحكمة المختصة من يمثله**].

شروط الاهلية عند أهل القانون:

اختلف علماء المرافعات المدنية في هذا الشرط على رأيين:

الأول: ذهب أكثرهم الى اشتراط أهلية التقاضي لصحة الدعوى وقبولها[١] وقالوا ان حدود الاهلية الكاملة والناقصة وكيفية اكتسابها وفقدانها تتعين وفقا لقوانين الدولة التي ينتمي اليها الخصوم وتختلف باختلاف هذه القوانين، واذا لم يكن لصاحب الحق أهلية التقاضي وجب ان ينوب عنه في مباشرة الخصومة من أقامه القانون أو القضاء لهذا الغرض.[٢]

الثاني: ذهب جماعة من فقهاء القانون الى ان الدعوى بمفهومها الحديث لا يشترط لصحتها ولا لقبولها او قيامها كحق أهلية التقاضي وقالوا ان ممارسة الدعوى واستعمالها هي التي يشرط لها ذلك، واستدلوا بان الدعوى المرفوعة من ذي أهلية اذا فقد اهليته خلال سيرها لا تسقط الدعوى، وانما يؤمر وليه أو وصيه بالسير فيها، وتبقى قائمة.[٣]

ثانيا: الصفة

وهي: أن يكون كل من المدعي والمدعى عليه ذا شأن في الدعوى يعترف به المشرع ويراه كافيا لتخويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة.

شرط الصفة في المدعي:

يشترط في الفقه الإسلامي أن ترفع الدعوى من قبل من له شأن فيها، ويتحقق ذلك في الحالات التالية:

---

١) قواعد المرافعات، العشماوي، ص٥٨٩

٢) قواعد المرافعات للعشماوي، ص ٥٨٩

٣) الوجيز في أصول المحاكمات، انطاكي، ص ١٣٤

١-إذا كان المدعي يطلب الحق لنفسه، أي أن يكون أصيلا في الدعوىٰ، وهذا هو الأصل في الادعاء والتقاضي إذ لا يقبل من الإنسان تدخله فيما لا يعنيه من الحقوق والقضايا الخاصة بغيره، وإن أصحابها هم المختصون بتحصيلها.

٢-أن يدعي الحق لغيره، إذا كان نائبا عنه، بأن كان وليا ووصيا أو وكيلا، لأن كل هؤلاء يقومون بمخاصماتهم وتعود جميع آثارها إلىٰ الأصيل بإقرار الشارع.[1]

شرط الصفة في المدعى عليه:

لا تصح الدعوىٰ في الفقه الإسلامي إلا إذا رفعت في وجه من يعتبره المشرع خصما، ويجبره علىٰ الدخول في قضية ليجيب بالاعتراف أو بالإنكار، أما أهل القانون فإنهم وان اتفقوا مع الفقهاء في اشتراط الصفة في المدعي، إلا أن قليلا منهم ذهب إلىٰ اشتراط الصفة في المدعىٰ عليه والواقع يدل علىٰ أن علماء القانون في هذا الأمر ثلاثة فئات:

الأولىٰ: وهم الذين قصروا الدعوىٰ في مفهومها علىٰ حق الإنسان في اللجوء إلىٰ القضاء، فإنهم لم يروا داعيا إلىٰ اشتراط الصفة في المدعىٰ عليه لتصحيح الدعوىٰ، لأن هذا خارج عن عناصر الدعوىٰ الرئيسية، ولكنهم قالوا هذا شرط في المطالبة القضائية، أما الدعوىٰ فهي حق موجود قبل توجيهها إلىٰ خصم، ثم إن توجيهها إلىٰ غير خصم لا يبطلها ولا يعدم وجودها.

الثانية: هناك جماعة يشاركون الفئة الأولىٰ في مفهومها للدعوىٰ، ولكنهم يشترطون الصفة في المدعىٰ عليه، وهم بذلك يخالفون مقتضىٰ ما ذهبوا إليه من أن الدعوىٰ حق من الحقوق وليست إجراء ولا تصرفا.

الثالثة: وهم الجماعة التي ذهبت إلىٰ أن الدعوىٰ تعني في لغة القانون الإجرائي، المطالبة القضائية، وهذه الفئة اشترطت في المدعىٰ عليه أن يكون له صفة في

---

١) موجز المرافعات الشرعية، أحمد إبراهيم، ص٨

توجيه الدعوىٰ إليه.[1]

من يكون خصما في الدعوى:

الدعوىٰ: باعتبارها وسيلة قانونية لحماية الحق، ومعنىٰ الإجراء هو الطلب الذي يقدم إلىٰ القضاء ويتم من خلاله إيداع لائحة الدعوىٰ لقلم المحكمة، لذلك نصت الفقرة (١) من المادة (١٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية علىٰ [**كل ادعاء يستوجب رسمًا مستقلاً سواء كان قبل المحاكمة أو أثناءها لا يعتبر ما لم يدفع رسمه مقدمًا ويعتبر مبدأ الدعوىٰ من تاريخ استيفاء الرسم**].

أما الخصومة فإنها وفق للفقرة (٢) من المادة (٥٥) من الأصول المدنية [**تعتبر منعقدة من تاريخ تبليغ لائحة الدعوىٰ للمدعىٰ عليه**] أي أنها تنشأ عندما يستوفي الشخص الذي تقدم بالمطالبة القضائية الإجراءات التي تطلبها القانون في تقديم لائحة الدعوىٰ وقيدها وتبليغها، بحيث تصبح المحكمة ملزمة بنظرها.

والخصومة القضائية هي مجموع الإجراءات المتتابعة التي يقوم بها الخصوم أو وكلاؤهم والقاضي، والتي تبدأ من وقت تبليغ لائحة الدعوىٰ بما في ذلك إبداء الدفاع بشأنها وتحقيقها، إلىٰ وقت انتهائها بصدور الحكم الفاصل في موضوعها، أو انقضائها لأي سبب آخر.

من يكون خصما في الدعوى ومن لا يكون خصما:

الأصل الأول: إن من ادعىٰ علىٰ إنسان شيئا، إن كان المدعىٰ عليه لو أقر بالدعوىٰ يصح إقراره، ينتصب خصما في إقامة البينة عليه عند إنكاره، وإن كان لو أقر لا يصح إقراره لا ينتصب خصما في إقامة البينة عليه عند إنكاره.

---

١) موجز المرافعات الشرعية، أحمد مسلم، ص ٣٢٨

الأصل الثاني: إن الخصم في دعوىٰ العين هو واضع اليد إذا لم تتضمن دعوىٰ فعل علىٰ المدعىٰ عليه، وإلا فالخصم هو من أدعي عليه الفعل، سواء كان واضعا يده علىٰ العين أو ليس واضعا يده عليها، وأما من جهة المدعي فالذي له الحق في أن يخاصم في العين، هو من له حق حيازتها ووضع اليد عليها، سواء كان له مع ذلك ملك عينها أم لا، هذا كله إذا لم يدعي علىٰ واضع اليد فعلا، وأما إذا ادعىٰ عليه فعلا، بأن قال هذه الدار داري وأنت غصبتها مني أو ارتهنتها أو استعرتها أو استأجرتها مني، كان خصما للمدعي، وإن ثبت أن الدار ليست ملكا له، لأنه خصم يفعله، لا بيده، فلو لم يكن واضع اليد أصلا كان خصما (فإثبات أن الملك لغيره لا يمنع عنه الخصومة) ولهذا يقولون دعوىٰ الغصب علىٰ غير ذي اليد صحيحة، وكذلك بقية الأفعال من استعارة أو ارتهان أو استئجار أو ما شابه ذلك.

الأصل الثالث: إن الحاضر ينتصب خصما علىٰ الغائب بحيث يكون الحكم للحاضر حكما للغائب والحكم علىٰ الحاضر حكما علىٰ الغائب، إذا كان بينهما اتصال في الحق المدعىٰ ويكون ذلك في مواضع:

الموضع الأول: يكون في كل حق يثبت لكل من الحاضر والغائب علىٰ الكمال لعدم تجزئته ووجود سببه في كل واحد منهما.

الموضع الثاني: أكون في كل دين أو حق اشترك فيه الحاضر والغائب بسبب واحد (حتىٰ حصل بينهما الاتصال التام فيه) فإنه في هذه الحالة ينتصب الحاضر خصم علىٰ الغائب ويكون الحكم له أو عليه حكم للغائب أو عليه، وهذا عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة لا تكون الشركة في الدين أو العين موجبة لقيام الحاضر عن الغائب في الخصومة إلا في الميراث.

الموضع الثالث: أن يكون ما يدعىٰ علىٰ الغائب سببا لما يدعىٰ علىٰ الحاضر لا محالة، أو شرطا له بعد ثبوت كون الحاضر خصما بذاته ففي هذه الحالة ينتصب

الحاضر خصما عن الغائب، ويحكم علىٰ الغائب بحضرة الخصم الحاضر، فلو لم يكن الحاضر خصما بذاته لم ينتصب عن الغائب في الخصومة كما في المودع فإنه لا ينتصب خصما عن المودع، وإن كان ما يدعي علىٰ الغائب سببا لما يدعي عليه لأنه وهو ليس بخصم فلم يصلح أن يكون خصم عن غيره.

الموضع الرابع: يكون في الورثة مع بعضهم، فإن أحد الورثة ينتصب خصما عن بقيتهم فيما يدعىٰ علىٰ الميت أوله، حتىٰ يكون الحكم علىٰ الحاضر حكما علىٰ جميع الغائبين، والحكم للحاضر حكما لهم، وسبب ذلك أن الشارع اعتبر الوارث نائبا عن مورثه، فينوب به في جميع المخاصمات والمنازعات سواء كان مدعيا أو مدعا عليه، فإذا كان مدعيا بحق للميت علىٰ أحد وحكم له به، يكون المحكوم له في الحقيقة هو الميت، وإذا كان مدعا عليه بحق علىٰ الميت وحكم عليه به يكون المحكوم عليه في الحقيقة هو الميت، وحيث كان الأمر كذلك، وكان من الثابت بداهة أن الورثة إنما يملكون أموال الميت وحقوقه بطريق الخلافة عنه فإذا أصبح محكوما عليه بأنه لا يملك عينا من الأعيان، لم يكن هناك وجه لأن يتملكوها، وإذا أصبح محكوما له بدين أو عين ثبت لهم حق التملك فيهما.

الأصل الرابع: إن الخصم في دعوىٰ الإرث أو الوصاية هو أحد أربعة أشخاص وارث الميت، أو دائن الميت، أو من عنده للميت وديعة أو غصب، أو عليه له دين، أو موص له من قبل الميت بشيء، وإن الخصم في دعوىٰ النسب من الميت، هو أحد خمسة أشخاص، الوارث أو الوصي أو الموصىٰ له أو دائن الميت أو مديونة.

الأصل الخامس: إن الخصم في دعوىٰ نكاح الكبيرة البالغة هي نفسها لا وليها، (سواء ادعىٰ عليها النكاح مدة بلوغها أو مدة صغرها بمباشرة وليها) وأن الخصم في دعوىٰ نكاح الصغيرة هو وليها الذي زوجها.



الأصل السادس: إن الصبي المأذون له بالتجارة يصلح للخصومة وحده في كل حق يتعلق بالتجارة، سواء كان مدعيا أو مدع عليه، بلا حاجة إلىٰ حضور وصيه أو وليه الذي له التصرف في ماله، وأن الخصم في دعوىٰ الصغير المحجور، أو الدعوىٰ عليه فيما يتعلق بالأموال، هو الوصي أو الولي الذي له التصرف في المال، بلا حاجة إلىٰ حضور الصبي، سواء وجب الحق بمباشرة من له التصرف في المال، أو جب لا بمباشرته، كالأموال الواجبة علىٰ الصغير بسبب إتلافه.

الأصل السابع: إن الموصىٰ له يصلح لأن يكون خصما للموصىٰ له أيضا، فإذا كان موصىٰ له بجزء شائع، كالثلث أو الربع مثلا، وأثبت ذلك في مواجهة الوارث، وحكم القاضي له بذلك، وسلمه المقدار الموصىٰ له به، ثم جاء آخر وادعىٰ أنه موصىٰ له بالثلث أو الربع أيضا، صلح الموصىٰ له الأول، لأن يكون خصما للموصىٰ له الثاني، كما أن الوارث صالح لذلك، سواء رفعت دعوىٰ الموصىٰ له الثاني أمام القاضي الذي حكم للأول بوصيته، أو أمام قاضي آخر، هذا إذا قبض الموصىٰ له الأول، فإذا لم يقبض حتىٰ حضر الموصىٰ له الثاني وأراد أن يثبت وصيته في مواجهة الموصىٰ له الأول، جاز له ذلك، وانتصب الموصىٰ له الأول خصما في دعواه لن رفعت دعواه هذه أمام القاضي الأول، فإن رفعها أمام قاضي ثان، لم يجز، ويكون خصمه الوحيد هو الوارث.[1]

ثانيا: أن يكون المدعىٰ معلوما لتعذر الشهادة والقضاء بالمجهول، والعلم بالمدعىٰ إنما يحصل بأحد أمرين إما الإشارة، وإما التسمية، والمدعىٰ به لا يخلو إما أن يكون عينا، وإما أن يكون دينا، فإن كان عينا فلا يخلو، إما إن كان محتملا للنقل، أو لم يكن محتملا للنقل، فإن كان محتملا للنقل فلا بد من إحضاره لتمكن الإشارة إليه عند الدعوىٰ والشهادة فيصير معلوما بها، إلا إذا تعذر نقله كحجر الرحىٰ ونحوه، فإن شاء القاضي استحضره، وإن شاء بعث إليه أمينا.

---

١) ملخص كتاب الأصول القضائية، محمود علي قراعة، ٤٢ – ٥٤

وإن لم يكن محتملا للنقل وهو العقار: فلا بد من بيان حده ليكون معلوما، لأن العقار لا يصير معلوما إلا بالتحديد.(١)

المطلب الثاني

شروط المدعى به

يشترط في المدعىٰ به ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون في ذاته مصلحة مشروعة

الثاني: أن يكون معلوما.

الثالث: أن يكون محتمل الثبوت عقلا وعادة.

الشرط الأول: أن يكون المدعى به في ذاته مصلحة المشروعة

الدعوىٰ وسيلة شرعت لحماية الحقوق وثمارها، والحقوق اختصاصات اعترف بها الشارع وأضفىٰ عليها حمايته، والشارع إنما اعترف بمصالح الناس، وهي التي خصها بالحماية، وهذه المصالح هي كل ما يفيد في حفظ الأركان الخمسة الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فكل ما ينفع في حفظ هذه الأركان اعترف به الشارع الحكيم وحماه، بتمكين صاحبه من اللجوء إلىٰ القضاء لاسترداده أو دفع العدوان عنه، وبناء علىٰ هذا فإن الأصل في قبول الدعوىٰ أن يكون المدعىٰ به مصلحة معتبرة في نظر الشارع تعرضت للعدوان بإحدىٰ وسائله المعروفة بين البشر وهذا الشرط يقتضي ما يلي:

١- أن يكون المدعىٰ به مصلحة، وتعرف المصالح بمقدار ما تفيده لتلك الأركان الخمس المذكورة، فما أضر بها أو بأحدها فضده مصلحة، وما نفع فيها فهو

---

١) الاختيار ٢/ ١١٢

مصلحة، والمقصود عموما المصلحة، سواء كانت مادية كجميع الحقوق المالية، أم أدبية وهي ما يتعلق بكرامة الإنسان ومعنوياته.

٢-أن تكون هذه المصلحة محمية من قبل الشارع، وذلك بأن يكون قد رتب جزاء مؤيدا لها، هذا والمصلحة التي لم يتناولها النص الشرعي بالاعتبار أو بالإلغاء، هي مصلحة محمية.[١]

٣-أن يترتب للمدعي نفع معتبر من وراء مطالبته بالمصلحة التي اعترف له الشارع بها وحماها، وذلك لا يكون إلا إذا تعرضت تلك المصلحة لاعتداء، فيكون لصاحبها مصلحة وغرض في رد ذلك العدوان عنها، وهو معنى قول بعض الفقهاء يشترط أن تكون الدعوى ذات غرض صحيح[٢] وبناء على هذا الشرط بمقتضياته الثلاث السابقة ترفض الدعوة ولا تكون مقبولة في الحالات التالية:

❋-إذا لم يكن المدعى به مصلحة أو كان مصلحة ولكنها غير معتبرة شرعا كما إن تدعي زوجية شخص مات ولم تطلب في دعواها حقا آخر من إرث أو صداق.

❋- إذا وجدت المصلحة في الدعوى ولكنها لا تخص المدعي، وإنما تعود إلى غيره، فإن لم يكن نائبا عنه رفضت دعواه إذ لا مصلحة خاصة بالمدعي يحققها من وراء دعواه.

❋-أن يكون المدعى به مصلحة تخص المدعي، ولكن الشارع أضاف حمايته لها إلى زمن مستقبل بالنسبة للزمن الذي رفعت فيه الدعوى، وذلك كما في دعوى الدين المؤجل، فيه للمدعي مصلحة ولكن الشارع لم يحمها له في الوقت الذي يطالب فيه، وإنما في وقت آخر لا حق له، فهو في الواقع يطالب الآن بمصلحة غير محمية فتكون دعواه غير صحيحة ولا مقبولة.[٣]

---

١) منتهى الارادات، ٢/ ٥٩١

٢) الفروق، القرافي، ٤/ ٧٢

٣) تبصرة الحكام، ١/ ١٣٧

*-أن يكون المدعىٰ به مصلحة تخص المدعي ولكن الشارع رابط حمايته لها بإرادة المدعىٰ عليه، كمن يرفع دعوىٰ علىٰ غيره يطالبه فيها بالتصدق عليه لأنه فقير وخصمه غني، أو يطلب منه إقراضه ماله أو إعارته عينا من الأعيان.

*- أن يكون المدعىٰ به مصلحة ولكنها متولدة من مفسدة كما في دعوىٰ ثمن شيء محرم.(١)

*-أن يكون المدعىٰ به مصلحة مشروعة، ولكن المطالبة به أمام القضاء لا تحصل جديدا، وإنما تعتبر من قبيل تحصيل حاصل، وذلك حينما لا توجد أية خصومة يستند إليها المدعي في دعواه، لأنه لم يحصل أي عدوان علىٰ حقه ومصلحته المشروعة، فترفض هذه الدعوىٰ لعدم وجود الخصم فيها.(٢)

شرط المصلحة في قانون المرافعات:

يشترط القانون لقبول الدعوىٰ شكلا، أن تتوافر للمدعي مصلحة ظاهرة، والمصلحة في الدعوىٰ تعني الحاجة إلىٰ الحماية القانونية. والقاعدة قانونيه تنص علىٰ أن «المصلحة مناط الدعوىٰ» فلا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، فالمصلحة شرط لقبول أي دعوىٰ أو طلب أو دفع أو طعن في حكم أيا كان نوعه، سواء كان من طرفي الدعوىٰ أم من جانب الغير الذي يتدخل في الدعوىٰ منضما أو مختصما. وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ ذلك من خلال المادة (٤٤)

أ-ترفض الدعوىٰ إذا لم يكن بين الطرفين خصومة في الواقع بل قصدا بالتقاضي الاحتيال علىٰ حكم بما يدَعيه أحدهما.

---

١) تبصرة الحكام، ١/ ١٣٠

٢) الأصول القضائية، ص١٠

ب- لا تقبل أي دعوىٰ أو طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه صفة أو مصلحة قائمة يقرُها القانون.

ج-تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشىٰ زوال دليله عند النزاع فيه.

أوصاف المصلحة:

المقصود بالمصلحة:

هي الفائدة العملية أو المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلىٰ القضاء، فلكي تكون الدعوىٰ مقبولة، يجب أن تكون هناك فائدة تعود علىٰ المدعي من دعواه علىٰ فرض الحكم لصالحه، أما إذا كان الغرض من الدعوىٰ هو الاحتيال للوصول إلىٰ غرض معين فإن القضاء لا يقبلها.

وحتىٰ تكون المصلحة معتبرة يجب أن تتوافر فيها شروط معينه هي: أن تكون المصلحة قانونية، وأن تكون شخصية ومباشرة، وأن تكون قائمة وحالة.

أولا: المصلحة القانونية

ويقصد بالمصلحة قانونية، أن يكون موضوعها المطالبة بحق قانوني مشروع، لان وظيفة القضاء هي حماية المركز القانوني، لذا لا تقبل الدعوىٰ إلا إذا كانت ترمي إلىٰ حماية حق قانوني مما لحق به من ضرر بسبب ذلك.

والمصلحة القانونية قد تكون مادية، أو مالية، إذا كان الغرض من الدعوىٰ حماية حق عيني أو اقتضاء حق شخصي، سواء بتنفيذ التزام عقده المدعىٰ عليه مع المدعي تنفيذا عينيا، أو المطالبة بدين وتوصف المصلحة بأنها مادية طبقا لما يطلبه المتضرر في دعواه، فإذا طالب بالتعويض المالي كانت مصلحته مادية، وإلا تكون غير ذلك.

ثانيا: المصلحة الشخصية المباشرة

يقصد بالمصلحة الشخصية المباشرة أن يكون رافع الدعوىٰ هو صاحب الحق المراد حمايته أو من ينوب عنه كالوكيل بالنسبة للموكل، والولي أو الوصي بالنسبة للقاصر. وهو ما يعبر عنه الفقه والقضاء بالصفة في الدعوىٰ. فإذا لم تتوافر لرافع الدعوىٰ الصفة القانونية، أي لم يثبت أن له ولاية التقاضي عن غيره، فان دعواه تكون غير مقبولة.

غير أن المشرع أجاز استثناء من هذه القاعدة أن ترفع الدعوىٰ من غير صاحب الحق أو نائبه بموجب نص قانوني. ومن الأمثلة الظاهرة في الشريعة الإسلامية دعوىٰ الحسبة، وهي دعوىٰ لا يكون لرافعها مصلحة شخصية مباشرة، بل يرفعها بقصد الدفاع عن حق من حقوق الله، كرفع دعوىٰ للتفريق بين زوجين يمنع الشرع من استمرار زواجهما كأن يكون بين الزوجين قرابة محرمية أو أخوة بسبب الرضاع أو أن الزوج مسيحي والزوجة مسلمة، إلا أن قانون أصول المحاكمات الشرعية قد أناط هذا الامر بالنيابة العامة الشرعية.[1]

ثالثا: المصلحة القائمة والحالة

يقصد بالمصلحة القائمة أن تكون مصلحة المدعي في الدعوىٰ مصلحة مؤكدة غير احتمالية، **وتكون** المصلحة القائمة الحالة في حالتين:

الحالة الأولىٰ: إذا وقع اعتداء علىٰ حق المدعي بالفعل، فيتحمل المدعي ضررا حالا نتيجة حرمانه من منافع حقه، وبالتالي تكون له مصلحة قائمة وحالة في إصلاح هذا الضرر، تبرر الالتجاء إلىٰ القضاء.

الحالة الثانية: إذا تعرض لهذا الحق خطر حال أو محدق يحتمل وقوعه، لأن هذا الخطر المحتمل يثير الخوف وعدم الاطمئنان في نفس المدعي ويهدد استقراره،

---

١) انظر المادة (١٧١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

وبذا توجد له مصلحة قائمة وحالة في الوقاية من هذا الضرر المحتمل وإزالة ما يعتريه من خوف، وقد نص قانون أصول المحاكمات المدنية علىٰ ذلك فجاء فيه «تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشىٰ زوال دليله عند النزاع فيه».[١]

ويلزم استمرار توافر المصلحة من وقت رفع الدعوىٰ إلىٰ حين الفصل فيها، فإذا توافرت عند رفع الدعوىٰ ثم زالت بعد ذلك وقبل صدور الحكم فيها، تقرر المحكمة عدم قبول الدعوىٰ علىٰ اعتبار ضرورة توافر المصلحة في جميع مراحل الدعوىٰ.

كما يلزم أيضا توافر الصفة من وقت رفع الدعوىٰ إلىٰ حين الفصل فيها، غير أنه إذا زالت الصفة بعد إقامة الدعوىٰ فإن هذا لا يؤدي إلىٰ الحكم بعدم قبول الدعوىٰ كما هو الحال بالنسبة للمصلحة، بل يؤدي إلىٰ انقطاع الخصومة.

الشرط الثاني: معلومية المدعى به

يتفق الفقهاء علىٰ انه يشترط في الدعوىٰ حتىٰ تكون معتبرة شرعا، أن يكون المدعىٰ به معلوما، والمراد بعلم المدعىٰ به تصوره، أي تمييزه في ذهن المدعي والمدعىٰ عليه والقاضي، لان المقصود من الدعوىٰ هو اصدار الحكم فيها، والمقصود بالحكم فصل الخصومة بالزام المحقوق برد الحق الىٰ صاحبه ولا الزام مع الجهالة، وعليه لا يصح الحكم بما لا الزام فيه.[٢] قال المرغناني: والالزام في المجهول لا يتحقق.[٣]

١) انظر المادة (٤٤) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الفقرة (أ- ب – ج)

٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ٦/ ٢٢٢

٣) تكملة فتح القدير، ٦/ ١٤٢

ما يترتب على تخلف شرط المعلومية:

اذا لم يتوفر هذا الشرط في الدعوىٰ لم يترتب عليه حكمها وهو وجوب جواب المدعىٰ عليه فله الحق عندئذ أن يمتنع عن الإجابة علىٰ الدعوىٰ وليس للقاضي إجباره علىٰ ذلك، إلا أن القاضي لا يرد الدعوىٰ مباشرة وإنما يطلب من المدعي تصحيح دعواه بإكمالها ما ينقصها، بأن يذكر المدعىٰ به مفصلا، فإن أبىٰ واصر علىٰ موقفه بعدم التوضيح والتصحيح رد القاضي دعواه.[١]

شرط المعلومية في القانون:

يجب أن تشمل صحيفة الدعوىٰ علىٰ وقائعها وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها، وعليه فيجب علىٰ المدعي أن يذكر في صحيفة الدعوىٰ موضوعها بحيث تستوفىٰ جميع المعلومات لتعريف المدعىٰ به والعلم به، كما يجب أن يذكر سبب استحقاقه لما يدعيه.[٢]

الشرط الثالث: احتمال ثبوت المدعى به

اشترط الفقهاء في المدعىٰ به أن يكون محتمل الثبوت عقلا وعادة، قال الحنفية: لا تصح الدعوىٰ بما يستحيل ثبوته في العقل، أو في العادة، وذلك لتيقن كذب الدعوىٰ في المستحيل العادي[٣] ومثال المستحيل في العقل: أن يدعي شخص بنوة من هو أكبر منه سنا، أو من هو مساويه، ومثال المستحيل في العادة: أن يدعي شخص معروف بالفقر والاحتياج أنه أقرض المدعىٰ عليه مائة الف دينار أردني دفعة واحدة، أو أن المدعىٰ عليه اغتصبها منه ويطلب الحكم بردها، فهذه الدعوىٰ غير مسموعة لأنها من المستحيل في العادة.

---

١) تبصرة الحكام ١/ ١٠٤

٢) المرافعات المدنية والتجارية، أبو الوفا، ص٤١٢

٣) بدائع الصنائع، ٦/ ٢٢٤



المبحث الثاني
شروط ركن الدعوى

أولا: عدم التناقض في الدعوى

وهو أن لا يسبق منه ما يناقض دعواه، لاستحالة وجود الشيء مع ما يناقضه وينافيه، حتىٰ لو أقر بعين في يده لرجل فأمر القاضي بدفعها إليه ثم ادعىٰ أنه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه، لأن إقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشراء منه قبل ذلك لأن الشراء يوجب الملك للمشتري فكان مناقضا للإقرار والإقرار يناقضه فلا يصح.

ويرفع التناقض إذا أمكن التوفيق بين الكلامين، غير أن بعضهم يشترط مع الإمكان ان يوفق التناقض بالفعل بينهما، وإلا لا يكفي الإمكان.[١]

كما ويرتفع التناقض بتكذيب الحاكم، وهو معنىٰ قولهم «إذا صار مكذبا شرعا». كما يرتفع التناقض بتصديق الخصم، فلو ادعىٰ عليه دينا بسبب القرض، ثم ادعاه بسبب الكفالة، فهو متناقض فإذا صدقه الخصم زال التناقض.[٢]

ثانيا: أن تكون الدعوى بتعبيرات جازمة وقاطعة

اشترط الفقهاء أن تكون الدعوىٰ بتعبيرات جازمة لا تردد فيها فلا تصح الدعوىٰ بنحو أشك، أو أظن أن لي علىٰ فلان مبلغا من المال.[٣]

ثالثا: أن يذكر أنه يطالبه به

لأن حق الإنسان إنما يجب إيفاؤه بطلبه. فذهب الحنفية الىٰ انه لا بد من

١) حيدر أفندي، درر الحكام ٤/ ٢٨٤وشرح المادة (١٦٥٧) من المجلة

٢) السبكي، المرافعات الشرعية علىٰ مذهب الحنفية ص٦٦

٣) الأصول القضائية، ص ١٥

المطالبة بالحق في الدعوىٰ لتكون مقبولة، فينظر فيها القاضي ويصدر حكمه، وباء علىٰ ذلك يجب علىٰ المدعي أن يقول في دعواه (وأنا أطالبه به) لان حق الانسان يجب ايفاؤه بطلبه والحكم حق المدعي، فيجوز أن يكون غير طلب له إن لم يصرح بذلك.[١]

رابعا: أن يكون بلسانه عينا إذا لم يكن به عذر

إلا إذا رضي المدعىٰ عليه بلسان غيره عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشرط، حتىٰ لو وكل المدعي بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعىٰ عليه لا تصح دعواه عنده حتىٰ لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة، وعندهما تصح حتىٰ يلزم وتسمع لما علم في كتاب الوكالة.[٢]

خامسا: مجلس الحكم

فلا تسمع الدعوىٰ إلا بين يدي القاضي، كما لا تسمع الشهادة إلا بين يديه.

سادسا: أن يطلب المدعي من القاضي تكليف المدعى عليه بالجواب.

---

١) بدائع الصنائع، ٦/ ٢٢٢وتكملة فتح القدير، ٦/ ١٤٤

٢) بدائع الصنائع، ٦/ ٢٢٢




الفصل الرابع

الآثار المترتبة

على رفع الدعوى






الحديث في هذا الفصل يتطلب الحديث حول مسألتين:

الأولى: في أصول المحاكمة.

الثانية: في كيفية سير القاضي مع الخصوم.

المبحث الأول

أصول المحاكمة

من أهم المبادئ التي يجب علىٰ القاضي مراعاتها أثناء نظر الدعوىٰ أشياء خمسة وهي:

أولا: المساواة بين الخصوم

ثانيا: علنية المحاكمة

ثالثا: مواجهة الخصوم بعضهم مع بعض

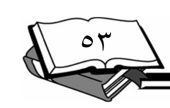
رابعا: حرية الخصوم في الدفاع

خامسا: اعتدال حال القاضي أثناء نظر الدعوىٰ

المطلب الأول

المساواة بين الخصوم

من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية أن التشريع لله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ بما ورد في كتابه الكريم، وبما ورد عن رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وحينئذ فالإسلام بنزعه السيادة التشريعية من يد البشر قد وضع أرسخ قاعدة لكفالة حق البشر في المساواة أمام أحكامه وتشريعه، إذ بذلك يقطع السبيل أمام أية فئة قد تدعي لنفسها الفضل أو التميز علىٰ غيرها من الفئات. فالقاعدة القضائية في الشريعة الإسلامية هي من عند الله، والناس مهما علت مقاماتهم أو سمت منازلهم فهم أمام شرع الله متساوون لا امتياز لأحد علىٰ أحد، وإذا كان الناس أمام التشريع الإلهي سواء، فهم أمام تنفيذ ما يختص منه بالقضاء سواء كذلك، لا تفريق بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أو الدين وليس في دار الإسلام من فرد لا تطوله يد القضاء، ولعل ذلك من أبرز صفات القضاء في الإسلام، ومما تميز به علىٰ النظم الأخرىٰ فالمساواة في القضاء



الإسلامي غاية تسعىٰ العدالة إلىٰ تحقيقها وهي قيمة وهدف ليتحقق بذلك العدل الشامل الذي تصلح به حال الدنيا وهذا مقتضىٰ ما تدل عليه عموم قال تعالىٰ: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[المائدة: ٨] وفي السنة أحاديث كثيرة تنص علىٰ وجوب قاعدة العدل الشامل ومنها ما هو في خصوص القضاء ومن ذلك ما رواه بريدة بن الحصيب عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنه قال: «القضاة ثلاثة، واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضىٰ به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضىٰ للناس علىٰ جهل فهو في النار».[1]

وفي رسالة عمر بن الخطاب لأبي موسىٰ الأشعري قاضيه علىٰ الكوفة يقول: «آس بين الناس في وجهك ومجلسك وقضائك، حتىٰ لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك».[2]

قال ابن القيم: «وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلىٰ تعقله والتفقه فيه».[3]

التجسيد الفعلي لهذا المبدأ لا يتأتىٰ، إلا بتحقيق الأمور التالية:

١ - **المساواة التامة بين الخصوم أمام القضاء.**

٢- **وحدة المعايير الشرعية والقانونية المطبقة**، والتي تقتضي أن تكون المعاملة واحدة لجميع الأطراف.

٣- **الحق في اللجوء إلىٰ العدالة:** حق الجميع في التقاضي ثابت من ثوابت النظام القضائي في الإسلام ولتجسيد ذلك، تم تزويد الأشخاص بالوسيلة اللازمة

---

١) سنن ابي داود، ٣/ ٢٩٩وسنن الترمذي، ٣/ ٦١٣ رقم ١٣٢٢

٢) سنن الدار قطني، ٤/ ٢٠٧ رقم ١٦

٣) اعلام الموقعين، ١/ ٨٦

للحصول علىٰ حقوقهم، لأنه لا قانون بلا قاض، ولا حق أو واجب قانوني بلا قضاء يفرضه وخصومه تكون أداة له في حمايته.[1]

ونذكر فيما يلي صوراً تبرز مظاهر المساواة أمام القضاء الإسلامي:

١- حادثة المرأة من بني مخزوم التي سرقت حلياً وقطيفة، فبعث قومها أسامة بن زيد بن حارثة ليشفع فيها، فرده الرسول صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قائلاً: «يا أسامة أتشفع في حد من حدود الله..؟ وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها».[2]

٢-عندما ولي أبو بكر الخلافة خطب الناس فقال: «أيها الناس فإني قد وليت عليكم ولست بخيركم، فإن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني، الصدق أمانة والكذب خيانة، والضعيف فيكم قوي عندي حتىٰ أريح عليه حقه إن شاء الله، والقوي فيكم ضعيف عندي حتىٰ آخذ الحق منه إن شاء الله».[3]

٣- حادثة تنفيذ عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ حد الشرب في قدامة بن مظعون الجمحي.[4]

---

١) وجدي رأفت فهمي، دراسات في مركز الخصم، جامعة عين شمس عدد ١ ص ١١٥

٢) صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلىٰ السلطان رقم (٦٧٨٨) ٤ / ٢٤٩ – ٢٥٠ وصحيح مسلم في كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود رقم (١٦٨٨) ٣ / ١٣١٥

٣) السيرة النبوية، لابن حيان، ص ٢٥٥

٤) السنن الكبرىٰ للنسائي رقم (٥٢٨٩) ٣ / ٢٥٣، وابن شبة في أخبار المدينة رقم (١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٣) ٢ / ٣٧، ٣٩، وعبدالرزاق رقم (١٧٠٧٦) ٩ / ٢٤٠ – ٢٤١، والحاكم ٤/ ١٤٧٣، وابن عبدالبر في الاستيعاب ٣ / ١٢٧٧ والبيهقي في السنن الكبرىٰ رقم (١٧٢٩٣ – ١٧٢٩٤) ٨ / ٣١٥ – ٣١٦، وابن حزم في المحلىٰ ١١ / ١٣٧، ١٤٨، وابن حجر في الإصابة ٥ / ٢٢٤، وذكره ابن قدامة في المغني ٩ / ١٣٥

وكان صهر عمر بن الخطاب علىٰ أخته، وقيل هو خال أم المؤمنين حفصة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا بنت عمر وأخيها عبدالله بن عمر بن الخطاب، وكان أميراً علىٰ البحرين.[١]

٤-حادثة جبلة بن الأيهم الذي داس علىٰ ردائه أعرابي وهو يطوف حول الكعبة، فكبر ذلك عليه وهو أمير في قومه، فلطم الأعرابي المسلم، فشكا الأعرابي إلىٰ عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فقضىٰ بلطم الأمير علىٰ الملأ.[٢]

٥ - حادثة اليهودي الذي خاصم علي بن أبي طالب ابن عم النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وزوج ابنته: فعن الشعبي قال: خرج علي بن أبي طالب إلىٰ السوق فإذا هو بنصراني يبيع درعـًا قال: فعرف علي الدرع فقال: هذه درعي بيني وبينك قاضي المسلمين قال: وكان قاضي المسلمين شريح كان علي استقضاه قال: فلما رأىٰ شريح أمير المؤمنين قام من مجلس القضاء وأجلس عليـًا في مجلسه وجلس شريح قدامه إلىٰ جنب النصراني فقال له علي: أما يا شريح لو كان خصمي مسلمـًا لقعدت معه مجلس الخصم ولكني سمعت رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: لا تصافحوهم ولا تبدؤوهم بالسلام ولا تعودوا مرضاهم ولا تصلوا عليهم وألجئوهم إلىٰ مضايق الطرق وصغروهم كما صغرهم الله، اقض بيني وبينه يا شريح فقال شريح ما تقول يا أمير المؤمنين؟ قال: فقال علي هذه درعي ذهبت مني منذ زمان قال: فقال شريح: ما تقول يا نصراني؟ قال فقال النصراني: ما أكذب أمير المؤمنين الدرع هي درعي قال فقال شريح: ما أرىٰ أن تخرج من يده فهل من بينة فقال علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: صدق شريح قال فقال النصراني: أما أنا

---

١) صحيح البخاري في كتاب المغازي، باب شهود الملائكة بدراً رقم (٤٠١١) ٣ / ٩٤ وعبدالرزاق رقم (١٧٠٧٦) ٩ / ٢٤٠ – ٢٤١، والحاكم ٤ / ١٤٧٣، وابن عبدالبر في الاستيعاب ٣ / ١٢٧٧، ومحمد البخاري في تاريخ واسط رقم (١٥٠) ١ / ٤٣، وابن حجر في الإصابة ٥ / ٢٢٤

٢) الطبقات الكبرىٰ ١ / ٢٦٥

أشهد أن هذه أحكام الأنبياء أمير المؤمنين يجيء إلىٰ قاضيه وقاضيه يقضي عليه هي والله يا أمير المؤمنين درعك اتبعتك من الجيش وقد زالت عن جملك الأورق فأخذتها فإني أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله قال: فقال علي رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: أما إذا أسلمت فهي لك وحمله علىٰ فرس عتيق قال: فقال الشعبي: لقد رأيته يقاتل المشركين، فوهبها علي رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ له، وفرض له ألفين، وأصيب معه يوم صفين.[1]

ومن مظاهر المساواة أمام القضاء في عهد الدولة العباسية:

١- حادثة الحكم ضد الخليفة المنصور، فقد ادعىٰ عليه جماعة حقًا لهم أمام القاضي محمد بن عمران الطلحي، فأرسل القاضي إلىٰ الخليفة يستدعيه، فاستجاب الخليفة وحضر مجلس القضاء، وأجلسه القاضي مع الخصوم، وبعد سماع أقوال طرفي القضية حكم القاضي ضد الخليفة، وبعد انصراف الناس وعودة الخليفة إلىٰ دار الخلافة استدعىٰ القاضي الطلحي، فذهب وهو يخشىٰ غضب السلطان، ولما مثل بين يديه قال له المنصور: جزاك الله عن دينك ونبيك وعن حسبك وعن خليفتك أحسن الجزاء.[2]

والناظر بدراسة دقيقه للجزئيات الفقهية في القواعد التي قررها فقهاء الإسلام لسير النظر في القضايا المعروضة علىٰ القاضي الشرعي يجدها تتفق علىٰ الانطلاقة من قاعدة تحقيق المساواة والحرص علىٰ أن يكون هذا المبدأ أساسًا من أسس القضاء في الإسلام من وجوه متعددة، وأن علىٰ القاضي أن يكون حياديًا فلا ينحاز لأحد دون أحد، وأن يعتبر طرفي الخصومة علىٰ قدم المساواة، وأن يتجرد عن كل

---

١) البيهقي، السنن الكبرىٰ، ١٠/ ١٣٦ رقم ٢٠٢٥٢

٢) تاريخ مدينة دمشق لابن عساكر ٣٢ / ٣٢٧، والمنتظم لابن الجوزي ٨ / ١٨٢، وطبقات الشافعية الكبرىٰ للسبكي ٨ / ٢٤١، وتاريخ الخلفاء للسيوطي ص ٢٦٦

مصلحة له أو علاقة مع أحدهما؛ ولذلك نعرض بعض الصور التي توضح لنا عناية الشريعة بذلك في الأحكام التالية المقررة عند العلماء:

١- يجب علىٰ القاضي أن يساوي بين الخصوم في مجلس القضاء في كل شيء، بالجلوس والسلام والنظر والمخاطبة، قال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا عدل الحاكم في هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله في الحكومة فمتىٰ خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس والإقبال عليه والبشاشة له والنظر إليه كان عنوان حيفه وظلمه. وفي تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكرام مفسدتان:

إحداهما: طمعه في أن تكون الحكومة له فيقوىٰ قلبه وجنانه.

الثانية: أن الآخر ييأس من عدله ويضعف قلبه وتنكسر محجته.[١]

٢- يمنع القاضي من النظر في دعوىٰ أقاربه، لتأمين حياده تجاه الخصوم. قال الفقهاء: ولا ينفذ حكمه لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له كوالده وولده وزوجته ولا علىٰ عدوه.[٢]

٣- حرمت الشريعة علىٰ القاضي مسارة أحد الخصمين دون الآخر، أو تلقينه حجته، أو تعليمه كيف يدعي إلا أن يترك ما يلزمه ذكره في الدعوىٰ ليتضح للقاضي تحرير الدعوىٰ.[٣]

٤-حرمت الشريعة علىٰ القاضي أن يضيف أحد الخصمين أو يستضيفه لئلا يكون إعانة علىٰ خصمه وكسر قلبه، وهكذا حرمت الشريعة علىٰ القاضي أن يقبل الهدية ممن لم يكن يهديه قبل ولايته أو ممن كانت له حكومة مطلقاً؛ لأن قبولها

---

١) اعلام الموقعين، ١/ ٨٩

٢) المغني لابن قدامة ٨ / ١٥٥، ١٠ / ١٨٦، والإنصاف للمرداوي ١٢ / ٦٦، وجامع البيان عن تأويل القرآن لابن جرير الطبري ٥ / ٣٢٢، وأحكام القرآن لابن العربي ١ / ٦٣٨

٣) المغني لابن قدامة ١٤/ ٦٥

ممن لم تجر عادته بمهاداته ذريعة إلىٰ قضاء حاجته فيقوم عنده شهوة لقضاء حاجته. كل ذلك لقاعدة سد الذرائع المعتبرة في الشريعة.(١)

٥- منعت الشريعة القاضي من الحكم بعلمه وهو الراجح من قولي العلماء منعًا لاتهامه وتحيزه، والطعن في حياده(٢)

٦-ذكر الفقهاء أنه يكره للقاضي أن يبيع أو يشتري بنفسه، ولكن يجعل له وكيلاً لا يعرف به خشية المحاباة وحفاظًا علىٰ الحياد المطلوب (٣)

هذا وقد أكد الدستور الأردني علىٰ هذا المبدأ من خلال المادة (٦) والتي تنص علىٰ [الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين].

كذلك نصت المادة (١٠١) من الدستور علىٰ هذا المبدأ فجاء فيها [المحاكم مفتوحة للجميع ومصونة من التدخل في شؤونها].

المطلب الثاني
علنية المحاكمة

يقصد بذلك أن يتم نظر الدعاوىٰ والمرافعة فيها في جلسات علنية مفتوحة يكون لكل شخص حق الحضور فيها، كذلك أن يتم نطق الحكم في جلسات علنية.

كذلك يسمح لكل شخص ولو لم يكن طرفًا في الخصومة أن يحصل علىٰ نسخة من محضر الجلسة العلنية.

كذلك يسمح للصحف ووسائل الإعلام بنشر تفاصيل المرافعات والتحقيقات

---

١) المغني لابن قدامة ١٤/ ٦٤،٦١،٥٨

٢) أعلام الموقعين ٣ / ١٤٣

٣) السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠ / ١٠٧، وروضة الطالبين للنووي ١١ / ١٤٢، وتهذيب الأسماء للنووي ٢ / ٥٧٥، وجواهر العقود لشمس الدين الأسيوطي ٢ / ٢٩٠



التي تحدث في القضايا ومنطوق الحكم التي تصدر فيها.

هذه العلانية تكفل حسن أداء القاضي لعمله واعتنائه بأحكامه، لأنه لن يجرؤ علىٰ إظهار إهماله وسوء قضائه أمام الجمهور.

كما أنها تمكن المتقاضين من مراقبة أعمال المحاكم مما يبث في صدورهم الثقة والاطمئنان.

يجب أن يتضمن الحكم الصادر في الخصومة ما يشير إلىٰ انعقاد الجلسة علناً وإلا كان باطلاً.

علانية القضاء في التشريع الإسلامي:

علانية الجلسات من المبادئ المستقرة في التنظيم القضائي الإسلامي، يدل علىٰ ذلك أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والصحابة من بعده كانوا يجلسون لفض الخصومات في المسجد وفي الأماكن العامة، لأن القضاء في المسجد أنفىٰ للتهمة عن القاضي وأسهل للناس في الدخول عليه.

أجاز الفقهاء للقاضي إذا لم يخصص له مكان معين أن يعقد مجلس القضاء في بيته بشرط أن يأذن للناس في الدخول ولا يمنع من ذلك أحداً.

والمراد بمبدأ علانية التقاضي:

هو نظر القضية في جلسات علنية، وذلك يقتضي الإذن من القاضي لغير المتخاصمين، أن يحضر مجلس القضاء، ويسمع ويشاهد كل ما يدور فيه، من دعوىٰ، ودفاع، وسماع شهود ونحو ذلك مما يلزم لنظر الدعوىٰ والفصل فيها. والمستقرئ لكلام الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تعالىٰ يجد أنهم لم ينصوا صراحة علىٰ علانية جلسات المحاكمة، ولكن طبيعة الواقع العملي للقضاء في الإسلام يدل علىٰ وجود العلانية في التقاضي. فأقضية الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأقضية خلفائه الراشدين من



بعده رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ كانت تتم في المسجد[١] وهو مكان عام يؤمه ويقصده كل مسلم. وقد قرر الفقهاء رَحِمَهُمُ اللَّهُ تعالىٰ: جواز اتخاذ المسجد مجلساً للقضاء، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك، فمنهم من ذهب إلىٰ جوازه بدون كراهة، بل استحبه كثير من هؤلاء، ومنهم من كره ذلك.[٢]

والعلانية في الجلسات متحققة في القضاء إذا كان محله المسجد، ولهذا نص بعض الفقهاء علىٰ أن من فوائد القضاء في المسجد أنه أنفىٰ للتهمة عن القاضي، وأسهل للناس في الدخول عليه، فأجدر ألا يحجب عنه أحد[٣] والمستقرئ لسيرة قضاء الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ومن بعدهم من السلف يجد أنهم كانوا يأخذون بهذا المبدأ، إذ كانوا يتخذون الأماكن البارزة مواضع لفصل الخصومات، فكان أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله تعالىٰ عنه يقضي في السوق[٤] وقال الإمام البخاري رَحِمَهُ اللَّهُ: (وقضىٰ يحيىٰ بن يعمر في الطريق، وقضىٰ الشعبي علىٰ باب داره).[٥]

وقال الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (أحب أن يقضي القاضي في موضع بارز للناس لا يكون دونه حجاب وأن يكون متوسطاً للمصر).[٦]

ومما يؤيد هذا المبدأ أن بعض الفقهاء استحب للقاضي أن يدعو العلماء

---

١) المغني لابن قدامة ١٠ / ٩٦

٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ١٣، ومعين الحكام للطرابلسي ص٢٠، وتبصرة الحكام لابن فرحون ١ / ٣٨-٣٩، والمهذب للشيرازي ٢/ ٢٩٤، وجواهر العقود ٢ / ٣٦٤، والمقنع ص٣٢٧، والإنصاف للمرداوي ١١ / ٢٠٣، وأعلام الموقعين لابن القيم ٣ / ١٤٣

٣) معين الحكام للطرابلسي ص٢٠

٤) فتح الباري ١٣ / ١٣١

٥) البخاري، ٤/ ٣٣١

٦) الام، الشافعي، ٦/ ١٩٨

للجلوس معه عند نظره في القضايا، وإنما استحبوا ذلك من أجل مشاورتهم.[(١)]

وقد ورد عن الخليفة الراشد عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه إذا جلس في المسجد، وجاءه الخصمان قال لأحدهما: اذهب فادع علياً، وقال للآخر: اذهب فادع طلحة والزبير، ونفراً من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (ثم يقول لهما: تكلما ثم يقبل على القوم فيقول: ما تقولون؟ فإن قالوا ما يوافق رأيه أمضاه، وإلا نظرا فيه فيقومان وقد سلما).[(٢)]

وكان شريح رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا جلس للقضاء ينادي مناد من جانبه: يا معشر القوم اعلموا أن المظلوم ينتظر النصر، وأن الظالم ينتظر العقوبة، فتقدموا رحمكم الله).[(٣)] وهذا دليل على أن المحاكمة كانت تتم علانية أمام جميع الناس. ولا شك أن علانية جلسات التقاضي مبدأ مهم إذ فيه تحقيق نزاهة القضاء وعدالته، وذلك لأنه يكفل إشراف الجمهور على أعمال المحاكم ومراقبة القضاء، فيتعرفون على التهمة أو على الواقعة محل النزاع، وعلى الحجج، وعلى الدفوع، وعلى الحكم، الأمر الذي يضطر معه القاضي أن يكون متيقظاً إلى ما يجب عليه من المساواة بين الخصوم في مجلسه وفي لفظه ولحظه، مما يحمله على أن يجتهد في أداء واجبه في هذا الخصوص في جميع مراحل الترافع من بدايتها حتى نهايتها، وعلى أن يتحرى كافة الطرق التي تضمن إظهار الحكم العادل، وأن يجتنب كل تصرف يقدح في عدله ومساواته بين الخصوم.

---

١) المبسوط للسرخسي ١٦ / ٧٩، وبدائع الصانع للكاساني ٧ / ١١، وتبصرة الحكام ١ / ٤٢، والإنصاف ١١ / ٢٠٨، وكشاف القناع ٦ / ٣١٥، وأعلام الموقعين ٣ / ١٤٣

٢) السنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١١٢، والمغني لابن قدامة ١٠ / ٩٦

٣) أخرجه ابن أبي شيبة رقم (٢٢٩٧٦) ٤ / ٥٤٢، ووكيع في أخبار القضاة ٢ / ٣٩٢، والمزي في تهذيب الكمال ١٢ / ٤٤٠، وابن عساكر في تاريخ مدينة دمشق ٢٣ / ٢٨، وذكره الذهبي في كتابه الكبائر ص ١١١



وإذا كان الأصل في الإسلام هو العلانية، فأن قواعد الفقه الإسلامي لا تحول دون عقد الجلسات سرية رعاية للصالح العام والآداب العامة وحرمة الأسرة، وغيرها من المسائل التي يترك تقديرها لقاضي الموضوع.

وقد أكد علىٰ هذا المبدأ الدستور الأردني من خلال الفقرة (٢) من المادة (١٠١) والتي جاء فيها [جلسات المحاكم علنية إلا إذا رأت المحكمة أن تكون سرية مراعاة للنظام العام أو محافظة علىٰ الآداب].

وهذا ما نصت عليه المادة (٤٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (٣١) لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢١٠٦حيث جاء فيها [تجري المحاكمة في المحاكم الشرعية بصورة علنية إلا في الأحوال التي تقرر المحكمة إجراءها سرا سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أم بناء علىٰ طلب أحد الخصوم محافظة علىٰ النظام العام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة.....].

المطلب الثالث
مواجهة الخصوم بعضهم مع بعض

الأصل أنه لا يصح للقاضي النظر في الدعوىٰ مع غياب أحد الخصوم، فلا ينبغي أن يدخل عليه أحدهما دون صاحبه، لا في مجلس قضائه ولا في خلوته، ولا ينبغي أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر.[1]

إلا أنه إذا ظهر اللدد والتعنت من احد الخصوم في غياب خصمه جاز للقاضي النظر في الخصومة وإن بقي غائبا، كما يجوز للقاضي أن يطلع علىٰ الخصومة إذا عرضها عليه المدعي، وإن كان خصمه غائبا، فإن وجدها صالحة للنظر فيها استدعىٰ الخصم، وإن وجدها باطلة ردها دون النظر فيها.[2]

---

١) تبصرة الحكام، ١/ ٤٢

٢) تبصرة الحكام، ١/ ٤٢ونظرية الدعوىٰ، ص ٤٤١



والواقع أن هذا المبدأ من مقتضيات مبدأ المساواة بين الخصوم، لان في سماع أحد الخصمين حال غياب الآخر تفضيلا له عليه، وحرمانا للخصم من سماع أقواله والرد عليها، إلا أنه في تعنت المدعىٰ عليه وعدم حضوره يحرم من مقتضيات هذا المبدأ، فيسمع من خصمه في غيابه، إذ لا يجوز أن يكون هذا المبدأ سلاحا يستعمله أهل الباطل للهروب من الحق وأكل أموال الناس وحقوقهم.

المطلب الرابع
حرية الخصوم في الدفاع

من المقرر في الفقه الإسلامي أن لكل من طرفي الدعوىٰ حق الادلاء بحججه في مجلس القاضي من غير إساءة للقاضي أو للطرف الآخر، علىٰ أنه يجب علىٰ القاضي أن يعطي كلا من الخصمين الوقت الكافي لتحضير حججه أو دفوعه، أو اكمالها، فإذا ادعىٰ المدعي أن لديه بينة، ولكنها غير حاضرة، فطلب المهلة لإحضارها صح طلبه ووجب تلبيته، وكذلك المدعىٰ عليه إذا طلب امهاله ليأتي بالوجه الذي يرد به علىٰ بينة خصمه، فوجب علىٰ القاضي أن يعطيه الوقت الكافي لذلك.[1]

إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا المبدأ إعطاء الفرصة للمدعىٰ عليه في التهرب من إجابة دعوىٰ المدعي، كأن يسكت أو يصر علىٰ عدم الإقرار والانكار معا، إذ بذلك لا يمكن معرفة وجه الحق والحكم به.

وإلىٰ مثل هذا ذهب فقهاء المرافعات، فجعلوا هذا المبدأ من جملة الأصول العامة التي تحكم نظام التقاضي، وهو عندهم تمكين المدعي من بسط ادعائه وتدعيمه بما لديه من أدلة، وتمكين المدعىٰ عليه من شرح دفاعه، وتدعيمه بما لديه

١) المبسوط، ١٦/ ٦٣ ونظرية الدعوىٰ، ص٤٤٢

من أدلة.[(١)]

المطلب الخامس
اعتدال حال القاضي أثناء نظر الدعوى

القاضي يشكل طرفا رئيسا في العملية القضائية، لذلك اشترط الفقهاء ان تكون هذه العملية في وقت صفاء الذهن والنفس، واشترطوا عليه تجنب القضاء في الظروف التي تعكر صفو نفسه، لذلك قال الفقهاء انه يجب على القاضي أن يخرج للقضاء وهو على اعدل الأحوال، دون جوع أو عطش أو غضب أو كسل، والاصل في ذلك قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان»[(٢)]

وقد كتب عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إلى أبي موسى الاشعري: «إياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة، فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الاجر ويحسن به الذكر».[(٣)]

وقد الحق الفقهاء بالغضب كل ما يكدر النفس ويشغلها من الهم والغم والنعاس والخوف والمرض وشدة الحزن والسرور وفي ذلك يقل ابن دقيق العيد «النص وارد في المنع من القضاء حالة الغضب وذلك لما يحصل للنفس من التشويش الموجب لاختلال النظر وعدم استيفائه على الوجه الصحيح».[(٤)]

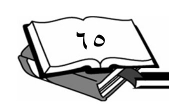
---

١) أصول المرافعات، أحمد مسلم، ص ٣٧٧

٢) صحيح البخاري، بفتح الباري، ١٣/ ١١٧ وصحيح مسلم بشرح النووي، ١٢/ ١٥

٣) مسند أحمد، ١٥/ ٢١٤

٤) أحكام الاحكام، ٤/ ١٦٨



المبحث الثاني
كيفية سير القاضي مع الخصوم

النظر في الدعوى يبتدأ من الوقت الذي ترفع فيه الدعوى الى القاضي، فيصبح مكلفا بالفصل بين المتنازعين من غير أن يكون له الخيار في الامتناع عن ذلك، لان الفصل في الخصومة فرض على القاضي من غير تأخير.[١]

المطلب الأول
كيفية رفع الدعوى

لا بد من تحقيق امرين قبل شروع القاضي بإجراء المحاكمة وهما:

أولا: دعوة الخصم الى التقاضي والحضور الى مجلس القضاء، إذ مبدأ المساواة بين الخصوم يقتضي أن لا تنظر الدعوى الا بحضور الخصمين معا.

ثانيا: الادعاء امام القاضي بالحق المطلوب، إذ لا يجوز إصدار الحكم في حق الخصم إلا بناء على دعوى يطلب فيها حقه.

بهذين الإجراءين يتم رفع الدعوى ويصبح القاضي ملزما بنظرها وإصدار حكمه فيها.

تقام الدعوى أمام القضاء بورقة تسمى لائحة الدعوى، ويتم رفع الدعوى بإيداع اللائحة قلم كتاب المحكمة، أما انعقاد الخصومة فإنه لا يتم إلا من تاريخ تبليغ لائحة الدعوى للمدعى عليه.

إقامة الدعوى وقيدها في قانون أصول المحاكمات الشرعية:

رسم القانون طريقا عاديا لإقامة الدعوى أمام القضاء بتوجيه تبليغ إلى الخصم

١) المبسوط، ١٦/ ١١٠



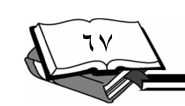
وتكليفه بالحضور أمام المحكمة في جلسة تحددها جاء في المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية [يجب أن تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من الفرقاء وشهرته ومحل إقامته وعلى الادعاء والبينات التي يستند إليها وتبلغ صورة عن اللائحة إلى كل من المدعى عليهم] ويتم ذلك وفق المراحل التالية:

١-يحرر المدعي لائحة دعواه ويضمنها البيانات اللازمة التي سيرد ذكرها فيما بعد. وتوقع من قبل القاضي جاء في الفقرة (٣) من المادة (١٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية [توقع مذكرة الحضور مع نسخها من القاضي وتختم بخاتم المحكمة الرسمي].

٢-يقدم المدعي لائحة الدعوى وصورا منها بقدر عدد المدعى عليهم إلى قلم كتاب المحكمة لتقدير الرسوم المستحقة عليها. وقد نصت على ذلك الفقرة (٢) من المادة (١٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي جاء فيها [ينظم كاتب المحكمة مذكرة الحضور ويعد نسخاً عنها بعدد نسخ لائحة الدعوى ويبلغ المدعى عليه نسخة منها مع نسخة من لائحة الدعوى].

٣-يدفع المدعي الرسم كاملا مقابل إيصال بذلك -ما لم يحصل على قرار بتأجيل دفع الرسم- وتعتبر الدعوى مقامة من تاريخ قيدها بعد دفع الرسوم أو من تاريخ طلب تأجيل دفع الرسوم، وعلى قلم الكتاب تحصيل الرسم قبل قيد الدعوى. جاء ذلك من خلال المادة (١٢) الفقرة (١) كل ادعاء يستوجب رسماً مستقلاً سواء كان قبل المحاكمة أو أثناءها لا يعتبر ما لم يدفع رسمه مقدماً ويعتبر مبدأ الدعوى من تاريخ استيفاء الرسم.

٤-يتم قيد لائحة الدعوى في سجل الأساس وتعطى رقما مسلسلا وفق أسبقية تقديمها، وتوضع في ملف خاص يحمل اسم المحكمة بالإضافة إلى اسم المدعي والمدعى عليه ووكيل كل منهما، وموضوع الدعوى إلى غير ذلك من



المعلومات الضرورية، بالإضافة إلى رقم الأساس الذي سجلت به الدعوى والذي يعد رقما للدعوى، ويوضع على اللائحة وما يرفق بها من أوراق خاتم المحكمة، ويذكر أمام الرقم تاريخ القيد ببيان اليوم والشهر والسنة.

٥-يثبت قلم الكتاب في حضور المدعي أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى في لائحة الدعوى وصورها.

٦-ينظم كاتب المحكمة مذكرة الحضور ويعد نسخا عنها بعدد نسخ لائحة الدعوى وتوقع مذكرة الحضور مع نسخها من القاضي وتختم بخاتم المحكمة الرسمي.

٧-تسلم لائحة الدعوى وصورها ومذكرة الحضور إلى قلم المحضرين لتبليغ نسخة من مذكرة الحضور مع نسخة من لائحة الدعوى إلى المدعى عليه. جاء في المادة (١٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية [تتضمن مذكرة الحضور تكليف المدعى عليه الحضور في (وقتٍ معين) وتقديم دفاع خطي ضد لائحة الدعوى التي قدمها المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ تبلغه المذكرة إذا شاء ذلك في الدعاوى التالية:

١-إذا كانت قيمة موضوع أكثر من خمسين ديناراً.

٢-الدعاوى المتعلقة بالوقف.

٣-دعاوى النسب والإرث والوصية وعزل الوصي والقيّم.

٤-دعاوى الحجر والتركة.

٥-دعاوى الدية.

وفي هذه الحالة يجب ألا تقل الفترة الفاصلة بين الميعاد المضروب لحضور المدعى عليه وتاريخ صدور المذكرة عن عشرين يوماً.

٨-ينتقل مأمور التبليغ (المحضر) لتبليغ صورة مذكرة الحضور ولائحة الدعوى إلى المدعى عليه أو من يمثله وفق الأصول.



المطلب الثاني
حضور الخصوم وغيابهم

متىٰ تم تبليغ موعد الجلسة للخصوم، وجب عليهم الحضور أمام المحكمة في اليوم والساعة المحددين بمذكرة التبليغ لإبداء ما لديهم من طلبات ودفوع، وإذا تخلف الخصم عن الحضور فلا يكره علىٰ ذلك، ولكن تخلفه لا يمنع المحكمة من نظر الدعوىٰ والحكم فيها وذلك حتىٰ لا يؤدي تهرب الخصم أو إهماله إلىٰ عرقلة سير العدالة.

وتبدأ الإجراءات في جلسة المحاكمة بالمناداة علىٰ الخصوم ومثولهم أمام المحكمة، وإثبات الحضور بمحضر الجلسة، والأصل أن يكون الحضور للخصوم أنفسهم. ويجوز لكل من الطرفين أن يوكل محاميا عنه بموجب صك وكالة مسجلة حسب الأصول. وللمحامي حق التصديق علىٰ تواقيع موكليه علىٰ الوكالات الخصوصية، ويكون المحامي مسؤولا شخصيا عن صحة هذه التواقيع. أما الوكالات العامة التي تتضمن قيام المحامي عن موكله بجميع ما يتعلق بالأمور والأعمال التي تدخل ضمن اختصاص المحاكم فيتم تنظيمها لدىٰ كاتب العدل.

ويجوز للمحامي أن يفوض محاميا آخر لينوب عنه في أية إجراءات قضائية أو ليرافع عنه في أية جلسة ما لم يكن هناك نص في الوكالة يمنع مثل هذه الإنابة. ويعطىٰ هذا التفويض بصورة مكتوبة ويوقع عليه ولا يستوفىٰ عنه رسم ولا يلصق عليه طوابع.

وعلىٰ الوكيل أن يثبت وكالته عن الخصم، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تطالبه بتقديم الدليل عليها فهذه المسألة تتعلق بالنظام العام. ويكون إثبات الوكالة بتقديم توكيل خاص يتعلق بخصومة معينة أو توكيل عام. ويجب أن يودع التوكيل الخاص بملف الدعوىٰ، أما إذا كان التوكيل عاما فتكتفي المحكمة بالاطلاع عليه وإثبات



رقم التوكيل، وتاريخه، والجهة المحرر أمامها بمحضر الجلسة. ويجوز للمحكمة إذا شاءت أن تحتفظ بصورة عنها يصدقها رئيس القلم وتكون تابعة لرسم الابراز.

وقد نصت المادة (١٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية علىٰ [كل ما يجوز للفرقاء عمله أو القيام به أمام المحكمة يجوز أن يعلمه ويقوم به المحامي المعين بموجب صك وكالة مسجلة حسب الأصول وإذا كان أحد الفرقاء شركة أو جمعية أو هيئة يجوز أن يقوم أي موظف من موظفيها المفوضين حسب الأصول بكل ما يمكنها أن تقوم به بموجب هذا القانون].

ويترتب علىٰ التوكيل بالخصومة الآثار التالية:

١-كل ما يجوز للفرقاء عمله أو القيام به أمام المحكمة يجوز أن يعمله أو يقوم به المحامي، وإذا كان أحد الفرقاء شركة أو جمعية أو هيئة، يجوز أن يقوم أي موظف من موظفيها المفوضين حسب الأصول بكل ما يمكنها أن تقوم به بموجب قانون أصول المحاكمات.

٢-أن كل ورقة بلغت إلىٰ محامي أي فريق من فرقاء الدعوىٰ تعتبر أنها بلغت بصورة قانونية إلىٰ الموكل إذا كان مفوضا بالتبليغ. نصت علىٰ ذلك المادة (١٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية [إن كل ورقة بلغت إلىٰ محامي أي فريق من فرقاء الدعوىٰ تعتبر أنها بلغت بصورة قانونية إلىٰ الموكل إذا كان مفوضـًا بالتبليغ].

٣-يجوز لأي فريق ينوب عنه محام مدعيـًا كان أو مدعىٰ عليه أن يعزل محاميه في أي دور من أدوار المحاكمة، وذلك بإبلاغ المحكمة إشعاراً بهذا العزل، وتبليغ نسخة منه إلىٰ الفرقاء الآخرين.[١]

٤-لا يجوز للمحامي الانسحاب من الدعوىٰ إلا بإذن من المحكمة.[٢]

---

١) انظر الفقرة (١) من المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) انظر الفقرة (٢) من المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٥-إذا تعدد الوكلاء يجوز لأحدهم الانفراد بالعمل في القضية ما لم يكن ممنوعـًا من ذلك بنص صريح في التوكيل.

وتنقضي الوكالة بأحد الأسباب التالية:

١-صدور حكم في موضوع الدعوى أمام درجة التقاضي الموكل فيها.

٢-اعتزال الوكيل الوكالة قبل الفصل في الدعوى.

٣-عزل الوكيل.

٤-موت الموكل أو الوكيل.

ويلاحظ أن موت الوكيل أو انقضاء الوكالة بالانسحاب أو بالعزل لا يترتب عليه وقف إجراءات الخصومة، وإنما للمحكمة أن تمنح أجلا مناسبا للخصم الذي مات وكيله أو انقضت وكالته لتعيين وكيل جديد.

المطلب الثالث

نظر الدعوى ونظام الجلسات

بعد أن عرفنا كيف تقام الدعوى يلزم أن نتمثل أمامنا دعوى تسير في مجراها الطبيعي لنرى المراحل والخطوات التي تسير فيها منذ أول جلسة حتى صدور الحكم فيها.

سلطة القاضي في إدارة الدعوى:

من الناحية الفقهية:

السلطة الممنوحة للقاضي في الفقه الإسلامي في نظر الدعوى وتسيرها تحكمها الأسس التالية:

أولا: المساواة بين الخصوم في كل معاملة تصدر عن القاضي خلال نظره الدعوى.

تم تفصيل ذلك في مبحث سابق، تقدم في المبحث السابق أن مبدأ المساواة بين

الخصوم يقتضي أن يلقن القاضي أحد الخصوم، أو شهوده بما قد يتهم فيه بالمحاباة، غير أن جماعة من المالكية قالوا: أنه لا بأس بأن يلقن القاضي أحد الخصمين حجة عمي عنها، وقالوا: إنما يكره له أن يلقنه حجة الفجور، وصورتها أن يقول لخصمه: يلزمك على قولك كذا وكذا، فيفهم خصمه حجته، كما لا يجوز أيضا أن يقول لمن له المنفعة: قل لخصمك كذا وكذا.(١)

لكن قانون أصول المحاكمات أجاز للقاضي أن يوجه أحد الخصمين لتوضيح دعواه أو دفعه لكن دون تلقين جاء في المادة (٤٢) إذا أغفل المدعي شيئا يجب ذكره لصحة الدعوى سأله القاضي عنه ولا يعدُ ذلك تلقيناً إلا إذا زاده علماً.

ثانيا: منع اللدد والمماطلة الصادرة من أي خصم من الخصوم

من أجل منع اللدد بين الخصوم جعل للقاضي الحق في تقدير المهل والآجال التي يطلبها أحد الخصوم ليستكمل حجته أو دفاعه أو طعنه، ولم يجعل ذلك حقا لاحد الخصوم منعا من المماطلة وتطويل الوقت، ومن أجل ذلك جعل للقاضي السلطة في إكراه من يماطل من الخصوم في الجواب على دعوى خصمه، وذلك بسجنه وتأديبه، فإن أصر بعد كل ذلك اعتبر مقرا عليه الطرف الآخر.(٢)

ثالثا: حفظ هيبة مجلس القضاء

ليس المقصود بذلك القاضي وإنما حفظ هيبة احكام الشرع بحفظ هيبة مجلس القاضي، لذلك قال كثير من الفقهاء [ليس للقاضي أن يعفو عمن أهانه من الخصوم، أو أهان أبا من الحاضرين مجلسه، لان في ذلك اعتداء على حق الله بالإضافة الى حق العبد وللعبد التنازل عن حقه، وليس له التنازل عن حق الله].(٣)

---

١) تبصرة الحكام ١/ ٣٣

٢) تبصرة الحكام، ١/ ٤٦

٣) تبصرة الحكام، ١/ ٤٦

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلى ذلك من خلال المادة **(٤٧)** [كل من أتى بعمل أو قول يعتبر انتهاكـًا لحرمة المحكمة فللمحكمة حينئذ أن تأمر بحبسه فوراً لمدة اقصاها أسبوع، أو بغرامة لا تتجاوز الخمسة دنانير دون أن يكون له حق الاعتراض والاستئناف، ويكتفى بإدراج هذا الحكم في ضبط القضية ولا تؤثر العقوبة المنصوص عليها في هذه المادة على أحكام قانون نقابة المحامين].

سلطة القاضي في إدارة الدعوى في القانون:

للقاضي سلطة منحها له القانون من أجل إدارة الدعوى وتتمثل هذه السلطة بالآتي:

١-للقاضي السلطة في السماح للمدعى عليه بتقديم لائحته الجوابية إذا حضر في أول جلسة تعقدها المحكمة للنظر في الدعوى.[١]

٢-للقاضي السلطة في اسقاط الدعوى إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه.[٢]

٣-للقاضي السلطة في تأجيل الدعوى أو شطبها إذا غاب المدعي في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه.[٣]

٤-للقاضي السلطة في الحكم في الدعوى إذا كان المدعى عليه قد تبلغ بالذات ولو تغيب عن الحضور أو كانت الدعوى من الدعاوى المستعجلة.[٤]

٥-للقاضي السلطة في إجراء المحاكمة سرا محافظة على النظام العام أو الآداب أو حرمة الأسرة.[٥]

---

١) انظر المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٢) انظر المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٣) انظر المادة (٤٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٤) انظر المادة (٩٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٥) انظر المادة (٤٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٦- للقاضي السلطة في عدم الاستجابة إلى تأجيل الدعوى أكثر من مرة للسبب الواحد.[١]

٧- للقاضي السلطة في تحديد مواعيد الجلسات لسماع البينات.

٨- للقاضي السلطة في ضبط الجلسة وإخراج من يخل بنظامها من القاعة أو تغريمه.[٢]

٩- للقاضي السلطة في شطب العبارات الجارحة أو المخالفة للآداب أو النظام العام من محضر الجلسة.

١٠- للقاضي السلطة في القبض على من يرتكب جرما في الجلسة وإحالته للنيابة، أو الحكم عليه بالعقوبة المقررة.[٣]

١٢-للقاضي السلطة في إدخال من يرى إدخاله في الدعوى لمصلحة العدالة أو إخراج من لم يكن هناك محل لإدخاله.[٤]

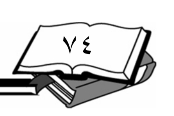
١٣- للقاضي السلطة في حالتي الإدخال والتدخل بتكليف المدعي أن يعدل لائحة دعواه.[٥]

١٤-سلطة القاضي في ضم الدفوع التي يبديها المدعى عليه إلى موضوع الدعوى أو الحكم فيها على استقلال.[٦]

١٥- للقاضي السلطة في إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسه.[٧]

---

١) انظر المادة (٣٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٢) انظر المادة (٤٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٣) انظر المادة (٤٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٤) انظر المادة (٩١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٥) انظر المادة (٣٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٦) انظر المادة (٩١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية
٧) انظر المادة (٤٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية



١٦- للقاضي السلطة في وقف السير في الدعوى إذا رأى أن الحكم في موضوعها توقف على الفصل في مسألة أخرى.[١]

١٧- للقاضي السلطة في تبليغ ورثة الخصم المتوفى أو من يقوم مقام من فقد أهليته للخصوم أو زالت صفة من كان يمثله.[٢]

١٨- للقاضي السلطة في تصحيح ما قد يرد في الأحكام من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار يصدره من تلقاء نفسه.[٣]

التعجيل بالحكم:

إذا سمع القاضي من الخصمين، وأدلى كل منهما بأسانيده وحججه ودفوعه وطعونه، ووضح وجه الحق أمام القاضي وجب عليه أن يسارع بإصدار الحكم، ولا يجوز له تأخيره، وإلا كان آثما، إلا أن الفقهاء ذكروا بعض الحالات التي يجوز فيها تأخير الحكم وهي:

الحالة الأولى: رجاء الصلح بين الخصوم

فإن الله تعالى ندب الى الصلح بين المتخاصمين في كثير من المواقف منها:

أ- ندب الى الصلح بين الطائفتين في الدماء فقال تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾﴾[الحجرات].

ب-ندب الزوجين الى الصلح عند التنازع في الحقوق فقال تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا۟ وَتَتَّقُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٢٨﴾﴾[النساء].

---

١) انظر المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) انظر المادة (١٠٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٣) انظر المادة (١٩٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

الحالة الثانية: إذا طلب أحد الخصوم الامهال لإحضار بينة غائبة أو دفع

فوجب علىٰ القاضي امهاله ويضرب له أجلا يتناسب مع طلبه[١] قال عمر في كتاب القضاء «ومن ادعىٰ حقا غائبا أو بينة فاضرب له أجلا ينتهي اليه، فإن بينه اعطيته بحقه، وإن اعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك ابلغ في العذر وأجلىٰ للعمىٰ».[٢]

الحالة الثالثة: إذا اشتبه الامر على القاضي

اذا وقع في نفس القاضي ارتياب مما ابداه أحد الخصوم من حجج، وكانت الشبهة قوية، فله تأخير الحكم، ليبحث عن الحق ويوالي الكشف فيجتهد في ذلك حسب قدرته حتىٰ تتبين له الحقيقة.[٣]

---

١) المبسوط ١٦/ ٦٣

٢) نظرية الدعوىٰ، ص٤٦٢

٣) تبصرة الحكام، ١/ ٤٧




الفصل الخامس

حضور الخصوم وغيابهم




الحديث في هذا الفصل يتطلب الحديث في ثلاث مسائل:

الأولىٰ: في دعوة المدعي لخصمه المدعىٰ عليه.

الثانية: في دعوة القاضي للمدعىٰ عليه وكيفية احضاره.

الثالثة: في محاكمة الغائب.



المبحث الأول

دعوة المدعي لخصمه المدعى عليه

يجب علىٰ المدعي إذا أراد مخاصمة شخص إلىٰ مجلس القضاء أن يدعوه بأرفق الوجوه وأجمل الاقوال، والاصل في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴿٤٩﴾ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ وَرَسُولُهُۥۚ بَلۡ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٥٠﴾﴾[النور].

دلت هذه الآيات علىٰ أنه يجب علىٰ كل مؤمن أن يستجيب لمن يدعوه الىٰ التحاكم لشرع الله، ومن أعرض عن ذلك كان ظالما فاجرا[١] وفي هذا السياق يقول النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «من كان بينه وبين أخيه شيء فدعي إلىٰ حاكم من حكام المسلمين فأبىٰ أن يجيب فهو ظالم لا حق له».[٢]

لكن قد يطرأ بعض الاعذار التي تسقط وجوب الحضور كما ذكرها الفقهاء ومن هذه الاعذار:

١-**عذر المرض**، الذي لا يستطيع المطلوب معه الحضور بنفسه إلىٰ مجلس القضاء.[٣]

٢-**إذا كان المطلوب امرأة غير برزة**، كون الحياء فيها قد يمنعها عن الادلاء بحججها فيضيع حقها، فيبعث لها القاضي رسولا ولا يكلفها بالحضور.

٣-**الجنون وزوال العقل** بالإغماء وغيره.[٤]

---

١) تفسير ابن كثير ٣/ ٢٩٨

٢) كنز العمال ٣/ ٢٠٨

٣) روضة القضاة، السمناني، فقرة ٣٣/ أ

٤) روضة القضاة، السمناني، فقرة ٣٣/ أ

المبحث الثاني
دعوة القاضي للمدعى عليه
وكيفية إحضاره

إذا كان الحضور إلىٰ مجلس الحكم بناء علىٰ دعوة القاضي واجبا دينيا علىٰ المدعو، فهو أيضا واجب دنيوي يترتب علىٰ التخلف عنه جزاء دنيويا، منها جواز تعزيره من قبل الحاكم الداعي، وجواز القضاء عليه مع غيابه عند جمهور الفقهاء.

متى يجب على القاضي دعوة أحد الخصوم إلى مجلسه؟

يفرق الحنفية بين حالتين:

الأولىٰ: أن يكون المدعىٰ عليه قريبا من مجلس القضاء، بحيث لو أحضره القاضي أمكنه أن يرجع إلىٰ بيته، فيبيت فيه.

الثانية: أن يكون بعيدا عن مجلس القضاء بحيث لو أحضر إليه لمل أمكنه ذلك:

ففي الحالة الأولىٰ: يجب علىٰ القاضي احضاره، إذ لا يتم انصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك.

وفي الحالة الثانية: لا يجب علىٰ القاضي احضاره، بل لا يجوز له ذلك بمجرد الدعوىٰ، لان حضور مجلس القضاء يزري بعض الناس، وقد لا يكون للمدعي غرض من دعواه إلا أذية خصمه، إنما الواجب عليه إذا استطاع أن يعضد دعواه ببينة يقيمها، فإن فعل أمر القاضي بإحضاره.[1]

---

١) نظرية الدعوىٰ، محمد نعيم ياسين، ص ٤٩٠

المبحث الثالث

محاكمة الغائب

مذهب الحنفية في محاكمة الغائب:

المفتىٰ به في المذهب الحنفي أن المتمرد أو المستتر يعذر ثلاث مرات، بأنه إن لم يحضر نصب القاضي عنه وكيلا وقضىٰ عليه.[1]

وقد ذهب إلىٰ هذا القول القاضي أبو يوسف، غير أن الامام محمد بن الحسن من أصحاب ابي حنيفة لم ير جواز القضاء علىٰ الغائب حتىٰ ولو كان متواريا، وهي رواية عن الامام أبي حنيفة.[2]

وقد ذهب كثير من علماء الحنفية المتأخرين إلىٰ أنه ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار المصالح والضرورات في كل حالة علىٰ حدة، فإذا اقتضت المصلحة أو الضرورة أن لا يؤخر الحكم إلىٰ وقت حضور الغائب وجب الحكم عليه إن قامت الأدلة ضده.[3]

القضاء على الغائب في نظام الإجراءات الحديثة:

أجاز قانون أصول المحاكمات الشرعية الحكم علىٰ الغائب ولكن أعطي الغائب ضمانات في حالة الحكم عليه وهذه الضمانات ذكرتها المواد من(١٠٦-١١١) علىٰ التفصيل التالي:

المادة (١٠٦) للمحكوم عليه غيابيًا أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ تبليغه.

---

١) البحر الرائق، ٧/ ٢٠

٢) شرح أدب القاضي، فقرة، ٧٣/ أ

٣) جامع الفصولين، ١/ ٦٠

أعطىٰ القانون للمحكوم عليه غيابيا أن يعترض علىٰ الحكم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغه الحكم. ويشترط لصحة الاعتراض علىٰ الحكم الغيابي:

أ-صدور حكم غيابي بحق المعترض.

ب-ان يقدم المعترض لائحة اعتراضية يبين من خلالها أسباب اعتراضه علىٰ الحكم الغيابي.

ج-ان تقدم الدعوىٰ الاعتراضية خلال المدة القانونية وهي خمسة عشر يوما من تاريخ تبلغه اعلام الحكم في الدعوىٰ الاصلية.

المادة (١٠٧) يسقط يوم التبليغ وأيام العطل الرسمية من ضمن مدة الاعتراض إذا وقعت في نهاية المدة.

يسقط يوم التبليغ وايام العطل الرسمية إذا جاءت في نهاية المدة.

المادة (١٠٨) يجوز للمحكوم عليه أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي قبل تبليغه، ويعتبر ذلك قائماً مقام التبليغ، علىٰ أن يرفق إعلام الحكم المعترض عليه بلائحة الاعتراض.

الاحكام الواردة في هذه المادة:

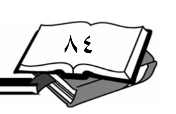
١-يجوز للمحكوم عليه أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي قبل تبليغه، ويعتبر ذلك قائماً مقام التبليغ.

٢-لا بد من إرفاق إعلام الحكم المعترض عليه بلائحة الاعتراض.

(١٠٩) إذا قدم الاعتراض ضمن المدة القانونية تقرر المحكمة قبوله، وتنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد ذلك إما بفسخ الحكم الغيابي، أو تعديله، أو رد الاعتراض.

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-إذا قدم الاعتراض خلال المدة القانونية وجب علىٰ المحكمة قبوله.



٢-علىٰ المحكمة أن تنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد قبوله ذلك إما:

بفسخ الحكم الغيابي أو تعديله، أو رد الاعتراض. ويشترط في الاعتراض أن يبنىٰ علىٰ دفع أو علىٰ طعن في البينة أو الخبرة والخبراء، ولا يصح أن يقوم الاعتراض علىٰ الانكار المجرد، فلو أقيمت علىٰ الانكار المحرد يحكم برد الدعوىٰ الاعتراضية شكلا كونه نوعا من اللغو اذ بالإنكار سيعيد المحكمة الىٰ الدور الأول وهو الاثبات وقد سبق وان ثبتت الدعوىٰ.

المادة (١١٠) يجوز تقديم الاعتراض إلىٰ أية محكمة من محاكم الدولة، وعلىٰ المحكمة التي قدم إليها الاعتراض أن تستوفي الرسم، وتبادر بإرساله فوراً إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-جواز تقديم اللائحة الاعتراضية إلىٰ إي محكمة بداية من محاكم المملكة ولا يجوز لهذا المحكمة أن ترفض قبوله.

٢-علىٰ المحكمة التي قدم لها اللائحة الاعتراضية أن تبادر مباشرة باستيفاء الرسم المقرر ومن ثم ارساله إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.

أثر تقديم الاعتراض على تنفيذ الحكم المعترض عليه:

عالجت القانون هذه المسألة من خلال المادة (١١١) والتي جاء فيها [**تقديم الاعتراض يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا إذا كان معجل التنفيذ أو حكماً بنفقة**].

تقديم الاعتراض يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه لحين انتهاء الدعوىٰ الاعتراضية لان الحق المطلوب اظهاره وتحقيقه قد يضيع بالتنفيذ اذا لم يكن الحم مكتسبا للقطعية لكن يستثنىٰ من هذه القاعدة ما يأتي:



١-الاحكام المعجلة التنفيذ لا تخضع لهذه القاعدة لان الحكم فيها مضمون بالتأمينات النقدية أو بالكفالة.
٢-أحكام النفقات كافة سواء للفروع أو الأصول أو الحواشي، لان النفقة بها قوام العيش للمنفق عليه.

غياب اطراف الدعوى الاعتراضية:

عالجت ذلك المادة (١١٢) من القانون إذ جاء فيها: [**إذا لم يحضر المعترض أو الطرفان في اليوم المعين للنظر في الاعتراض يرد الاعتراض ولا يقبل مرة أخرىٰ، والحكم الصادر برد الاعتراض يكون قابلاً للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض وفي هذه الحالة تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعترض عليه**].

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:
١-غياب المعترض أو طرفي الخصومة يتوجب رد الاعتراض.
٢-الحكم الصادر برد الاعتراض لا يقبل الاعتراض مرة أخرىٰ ويكون قابلا للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض.
٣-تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعترض عليه فاذا كان صحيحا تصدقه واذا كان غير ذلك تفسخه وتعيده للمحكمة.
٤-لا يحكم برد الاعتراض إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالىٰ وعلىٰ المحكمة تأجيل الجلسة وتبليغ الطرفين موعد الجلسة الجديدة.

عدم حضور المعترض الدعوى الاعتراضية:

عالجت هذه المسألة المادة (١١٣) من القانون إذ جاء فيها: [**إذا لم يحضر المعترض عليه في اليوم المعين رغم تبليغه حسب الأصول تقرر المحكمة بناء علىٰ طلب المعترض السير في الدعوىٰ الاعتراضية بحق المعترض عليه غيابيا، وقبول الاعتراض إذا ظهر لها أنه قدم ضمن المدة القانونية، وتنظر في أسباب الاعتراض،**

وتصدر قرارها برد الاعتراض، أو فسخ الحكم الغيابي وإبطاله أو تعديله أو تأييده، علىٰ أن يكون للمعترض عليه الحق في استئناف هذا القرار من تاريخ تبليغه إياه].

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-إذا لم يحضر المعترض عليه في اليوم المعين رغم تبليغه موعد جلسة الاعتراض حسب الأصول تقرر المحكمة محاكمة المعترض عليه غيابيا بناء علىٰ طلب المعترض.

٢-علىٰ المحكمة قبول الاعتراض شكلا إذا قدم ضمن المدة القانونية.

٣-علىٰ المحكمة أن تنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد قبوله ذلك إما:

أ- رد الاعتراض إذا تبين أن الأسباب التي ساقها غير صحيحة، وغير مقبولة وتؤيد المحكمة الحكم الغيابي إن ظهر ان المعترض غير محق في دعواهـ أو لم يبنىٰ علىٰ أسباب صحيحة.

ب-أو بفسخ الحكم الغيابي وإبطاله، إذا كان تبين أن الأسباب التي ساقها المعترض صحيحة ومقبولة، كأن يكون تبليغ المعترض غير صحيح، وعندئذ تسير المحكمة في الدعوىٰ من جديد.

ج-أو تعديله. أي تعدل المحكمة الحكم الغيابي كله أو بعضه إن كان مما يتجزأ إن ظهر أن المعترض محقا في دعواه.

د-يكون للمعترض عليه الحق في استئناف الحكم من تاريخ تبليغه إياه.

تبليغ الحكم أو القرار الغيابي:

بينت هذه المسألة المادة (١١٤) من القانون فجاء فيها: [**إذا لم يبلغ الحكم أو القرار الغيابيان إلىٰ المحكوم عليه خلال سنة من تاريخ صدوره يصبح ملغيا إلا في الأحوال التالية:**



١-إذا راجع المحكوم له المحكمة ودفع الرسم القانوني للتبليغ خلال مدة السنة ومضت المدة قبل ان تنتهي معاملة التبليغ.

٢-إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالىٰ].

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-يلغىٰ الحكم الغيابي تلقائيا بمرور سنة عليه دون تبليغه، ولا حاجة لإقامة دعوىٰ بهذا الخصوص، ولا بد من الإشارة في سجل الاحكام الىٰ ذلك.

٢-إجراءات التبليغ هنا من واجب المحكمة، اذ ان دور صاحب الدعوىٰ ان يقوم بدفع رسم تبليغ الحكم، فلا يعاقب بتخلف المحكمة عن واجبها بإلغاء الحكم في حقه.

٣-الحكم الساري علىٰ الغير كما في دعوىٰ دين علىٰ تركة وكان الحكم علىٰ احد الورثة حكما علىٰ الباقين، اثره تبعي، فان الغي الحكم، الغي السريان علىٰ باقي الورثة في حال مضي سنة دون تبليغ المدعىٰ عليه الحكم.




الفصل السادس

شروط قبول الدعوى

والجواب عليها، ومنع سماعها






المبحث الأول

شروط قبول الدعوى

اشترط القانون لصحة سماع الدعوى شروط معينة، وهذه الشروط هي:

أولا: المصلحة

بأن يكون لرافع الدعوى مصلحة في رفعها.

تم الحديث في مسألة المصلحة صفحة (٢٠-٢٢)

ثانيا: أن لا تكون القضية مقضية

أي ألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها، إذ لا يجوز للمحكمة أن تفصل في نزاع سبق أن حسمه حكم سابق تطبيقا لمبدأ حجية الشيء المحكوم به، إلا إذا كانت هذه المحكمة مختصة بنظر الطعن الموجه لذلك الحكم.

ثالثا: أن ترفع الدعوى في ميعادها الذي حدده المشرع

فلا تقبل إذا رفعت قبل هذا الميعاد ومثال ذلك لا تصح إقامة دعوى الزيادة والنقصان في موضوع النفقة قبل مضي المدة القانونية التي حددها المشرع في المادة (٢٠٢) من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها [لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في نفقة الزوجة أو الأقارب المفروضة قبل مضي سنة على الحكم بها ما لم تحدث ظروف استثنائية].

رابعا: ألا يكون قد صدر اتفاق ملزم بصددها في دائرة الإصلاح الاسري

لأن مثل هذا الاتفاق يعد صحيحا وملزما لطرفيه وبالتالي يمنع المحكمة من سماع الدعوى.



المبحث الثاني

الجواب على الدعوى

الجواب علىٰ الدعوىٰ علىٰ ثلاثة أقسام:

إقرار بالمدعىٰ، وإنكار له، وسكوت: فلا يقر ولا ينكر.

١-الإقرار:

فإن أقر لزمه الحق، سواء قضىٰ به القاضي ام لا، وانما ينبغي أن يقيد هذا الإقرار في سجله، فإذا قيده تم الحكم.

٢-الانكار:

إن أنكر، طلب القاضي من المدعي برهانا علىٰ ما يدعيه، فإن جاء البرهان قضىٰ له، وإن عجز عنه قال له القاضي، الك بينة، فإن طلب يمين المدعىٰ عليه حلفه القاضي، فإن حلف سقطت الدعوىٰ وإن نكل لزمه المدعىٰ.[١]

٣-السكوت:

اختلفت الرواية فيما إذا سكت فلم يقر ولم ينكر، فقيل يأخذ من كفيلا، ثم يسأل عن جيرانه عسىٰ أن يكون به آفة، وإن لم يكن به آفة يعتبر منكرا، وهذا هو الصحيح، وقال أبو يوسف: يحبس حتىٰ يجيب، وإذا قال لا اقر ولا انكر يحبس حتىٰ يقر او ينكر عند الامام وعندهما يعتبر منكرا.[٢]

---

١) حاشية الباجوري، ٢/ ٣٨٨

٢) ابن الشحنة، لسان الحكام ص ٢٦٨ وابن نجيم، البحر الرائق ٧/ ٢٠٣

المبحث الثالث

منع سماع الدعوى

يمنع سماع الدعوىٰ بعد أن تركت مدة معلومة، وهذا المنع غير قياسي، لان الحق لا يسقط بتقادم الزمان، بل هو استحسان لمنع التزوير والتحايل، لان ترك الدعوىٰ زمانا مع التمكن من اقامتها يدل علىٰ عدم الحق ظاهرا، فالحق باق لصاحبه لم يسقط، ولو مر من الزمن حتىٰ لو اقر الخصم به يلزمه.

وقد اختلف الفقهاء في تعيين المدة التي لا تسمع بعدها الدعوىٰ، فبعضهم جعلها ستا وثلاثين سنة، وبعضهم جعلها ثلاثين سنة، وبما أن هذه المدة طويلة فقد استحسن احد السلاطين ان يجعلها خمس عشرة سنة، وبما أن القضاء يقبل التخصيص نهىٰ السلطان قضاته عن سماع الدعوىٰ التي تركها المدعي خمس عشرة سنة إلا في مسائل مخصوصة.[١]

وعلىٰ ذلك استقر العمل الىٰ الان، فيؤخذ من هذا ان مرور الزمن مبني علىٰ امرين:

الامر الأول: اجتهاد الفقهاء.

الامر الثاني: أمر سلطاني.

والفرق بينهما انه إذا امر السلطان بسماع الدعوىٰ التي مر عليها خمس عشر سنة تسمع، ولو تركت بدون عذر، لان ذلك مبني علىٰ النهي السلطاني، ومن نهىٰ عن سماع الدعوىٰ له ان يأمر بسماعها، وأما إذا مر عليها ثلاثون سنة فلا تسمع وإن أمر السلطان، لان ذلك مبني علىٰ اجتهاد الفقهاء، لا علىٰ نهي السلطان.[٢]

---

١) مجلة الاحكام العدلية، المادة (١٦٦٠)

٢) السبكي الحنفي، المرافعات الشرعية علىٰ مذهب الحنفية ص ٨٥

مدة بداية المدة:

تبتدئ المدة من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك، وعدم المانع الشرعي الذي يمنع المدعي من إقامة دعواه.

ومن الموانع:

أن يكون المدعىٰ عليه ذا شوكة يخاف منه، أو كان صبيا أو مجنونا لا ولي لهما ولا وصي، أو كان المدعىٰ عليه معسرا، فلو وجد مانع من هذه الموانع لا تسقط الدعوىٰ حتىٰ تمضي المدة بتمامها بعد زوال المانع، فالقاصر تحسب المدة عليه من وقت بلوغه والمجنون من وقت افاقته والغائب متىٰ حضر.[1]

١) المرجع الساب ص ٨٦



المبحث الرابع
عوارض الخصومة في الدعوى

يقوم صاحب الحق برفع الدعوى مراعياً بذلك قواعد الاختصاص ويحضّر لائحة دعواه ويقيدها في سجل الدعاوى، وبذلك تعتبر الدعوى مقامة، وبتبليغه لائحة الدعوى للمدعى عليه تنعقد الخصومة ما بين أطراف الدعوى، ومن هنا تبدأ اجراءات الدعاوى المتعارف عليها من تبليغ جلسات، وتحديد مواعيد، وحضورها وتأجيلها وغيرها. وأثناء السير في الدعوى قد تطرأ عوارض معينة تؤثر فيها أما بوقفها مؤقتاً لحين تحقق الغاية واستكمال ما قد وصلت اليه من اجراءات، وإما انقضائها دون الحكم في موضوعها.

المطلب الأول
وقف السير في الدعوى

نصت المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على وقف السير في الدعوى كأول عارض من عوارض الخصومة ويمكن تعريفه بأنه: [عدم السير في الدعوى بصورة مؤقتة لقيام سبب من أسباب الوقف] وهذه الأسباب أما بقوة القانون أو بحكم المحكمة أو باتفاق الأطراف. فأثناء نظر الدعوى من قِبل أطرافها قد يعترضها سبب يؤدي لوقف السير فيها وذلك لأن الفصل في موضوع الدعوى الأصلية موقوف على الفصل في السبب العارض، ويتم إكمال إجراءات الدعوى من النقطة التي وصلت إليها عند زوال سبب الوقف.

أشكال الوقف:

إما يكون وقف السير بقوة القانون، أو بحكم من المحكمة، أو بالاتفاق ما بين الأطراف:



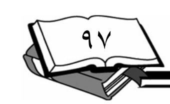
أولا: وقف السير في الدعوى بقوة القانون

وتعني بذلك، وقف إجراءات الدعوىٰ بقوة القانون عند توافر اَي من الحالات المنصوص عليها فيه دون الحاجة لحكم محكمة ومثال ذلك؛ تقديم طلب رد القاضي لرئيس المحكمة المختصة فيتم وقف السير في الدعوىٰ الأصلية إلىٰ حين البت في الطلب، وأيضاً تقديم طلب لمحكمة العليا لتحديد الاختصاص في حال التنازع بين محكمتين علىٰ اختصاصهما بنظر ذات الدعوىٰ، فيتم وقف السير في الدعوىٰ الىٰ حين صدور قرار بالطلب المقدم وتعيين المحكمة المختصة. وقد أشارت إلىٰ ذلك الفقرة (ب) من المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية إذ جاء فيها [تقرر المحكمة وقف الدعوىٰ إذا كان الحكم في موضوعها متوقفاً علىٰ الفصل في دعوىٰ أخرىٰ منظورة، وبمجرد زوال سبب وقفها يكون لأي من الخصوم طلب السير فيها مجدداً].

ثانيا: وقف السير في الدعوى بحكم قضائي

من الممكن أثناء نظر الدعوىٰ من قِبل المحكمة المختصة أن تظهر مسألة فرعية يتوقف الفصل في الدعوىٰ الأصلية علىٰ الفصل اولاً بالمسألة الفرعية سواء كان ذلك من المحكمة تلقاء نفسها أو بطلب من أحد الخصوم، ومثال ذلك؛ إثارة الخصم بعدم صحة حجة حصر الإرث المقدمة من خصمه، فتقرر المحكمة وقف السير بالدعوىٰ الىٰ حين البت بالطلب من قِبل المحكمة الشرعية وإصدار قرار نهائي فيه

وبعد الانتهاء من ذلك، يقدم أي من الأطراف بعد انتهاء سبب الوقف طلب للمحكمة المختصة بتعجيل الدعوىٰ وتعيين جلسة ودعوة الأطراف لاستكمال إجراءات الدعوىٰ الأصلية من النقطة التي وصلت إليها. وتعتبر قرارات وقف السير بالدعوىٰ من القرارات المنصوص عليها في المادة (٥٠) من قانون أصول



المحاكمات الشرعية والتي يجوز الطعن فيها استقلالاً وذلك لا ينطبق علىٰ قرار رفض وقف السير في الدعوىٰ كون أن الاستثناء لا يقاس عليه.

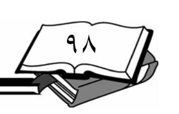
ثالثا: وقف السير الاتفاقي (التأجيل العام)

يكون التأجيل العام باتفاق الطرفين علىٰ تأجيل الدعوىٰ المنظورة لمدة ستة اشهر كحد أعلىٰ فيجوز أن يتفقا علىٰ مدة تأجيل أقل من المحددة بنص القانون، ويكون التأجيل لمرة واحدة فقط دون تأثيره علىٰ المواعيد الحتمية وتبقىٰ سارية كمدد التقادم. علىٰ انه يجب ان يقوم اَي من أطراف الدعوىٰ بتقديم طلب لتعجيل الدعوىٰ خلال مدة أسبوعين من انتهاء مدة الستة أشهر وإلا أُعتبر المدعي تاركـًا لدعواه والمستأنف تاركـًا لاستئنافه؛ فإذا كانت الدعوىٰ منظورة أمام أول درجة يعتبر المدعي مستغنيـًا عن دعواه، ولا يكون مبرئا للذمة فيرفع دعوىٰ جديدة، أما اذا كانت في مرحلة الاستئناف يعتبر القرار المستأنف قطعيـًا. أما إذا رغب الأطراف بتعجيل الدعوىٰ خلال مدة سريان الستة أشهر فلا يوجد ما يمنع ذلك ويتم التعجيل بالاتفاق، ويترتب علىٰ قرار تأجيل الدعوىٰ تأجيلاً عامـًا حذفها من جدول القضايا بشكل مؤقت.

وقد أشارت إلىٰ ذلك الفقرتين (ج-د) من المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية إذ جاء فيهما:

ج- يجوز للمحكمة وقف الدعوىٰ بناء علىٰ اتفاق الخصوم مدة لا تزيد عن ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم، ولا يجوز لأي من الخصوم أن يطلب خلال تلك المدة إعادة السير في الدعوىٰ إلَا بموافقة خصمه.

د- إذا لم يتقدم أحد الخصوم بطلب السير في الدعوىٰ خلال مدة الأيام الثمانية التالية لنهاية الأجل - مهما كانت مدة الوقف- تسقط الدعوىٰ.



المطلب الثاني
انقطاع السير في الدعوى

يعتبر هذا العارض الثاني من عوارض الخصومة وحيثما وقعت أحد أسبابه ينقطع السير في الدعوىٰ تلقائيـاً.

أسباب انقطاع السير في الدعوى:

١-وفاة أحد الخصوم:

إن وفاة أحد الخصوم سواء أكان المدعي أو المدعىٰ عليه أصيلاً في الدعوىٰ أو متدخلاً بصفته منضمـاً أو مخاصمـاً يؤدي إلىٰ انتهاء شخصيته القانونية بالتالي انقطاع السير في الدعوىٰ إلىٰ حين أن يحل محله من يقوم مقامه قانونـاً كالورثة ويباشر إجراءات الدعوىٰ من النقطة التي وصلت إليها.

٢-فقدان أهليته:

إن إصابة أحد الخصوم بجنون أو عته، أو الحكم عليه بالحجر، يؤدي لانقطاع السير في الدعوىٰ للحفاظ علىٰ مصالحهم كونهم بحالة لا يستطيعون الدفاع عنها لانعدام الأهلية، أو نقصانها لحين حضور من يمثلهم كالولي أو الوصي.

٣-زوال صفة من كان يمثله

وفاة وليّ القاصر أو وصيه، أو بلوغ القاصر سن الرشد الذي يمنحه المباشرة بإجراءات الدعوىٰ بنفسه، يؤدي لانقطاع السير في الدعوىٰ لحين تعيين من يمثله بالدعوىٰ، أو قيام القاصر بمباشرة الخصومة بذاته عند بلوغه السن القانوني.

في حال انقطاع الدعوىٰ لأي من الأسباب آنفة الذكر فللمحكمة أما تقرر انقطاع السير في الدعوىٰ إلىٰ حين حضور من يقوم مقام المتوفي مثل ورثته، أو من يقوم مقام

فاقد الأهلية، أو من زالت عنه الصفة، وإكمال اجراءات الدعوىٰ من النقطة التي وصلت اليها، أو يقوم خصم الطرف المتوفي بطلب مهلة من المحكمة ليقوم خلالها بتبليغ ورثة خصمه أو من يقوم مقامه بوجود الدعوىٰ المقامة، وإن لم يلتزم خصم المتوفي في تبليغ ورثته خلال المدة الممنوحة له تقرر المحكمة انقطاع السير في الدعوىٰ من وقت وقوع سبب الانقطاع. وتجب الإشارة إلىٰ أن الدعوىٰ اذا كانت مهيأة للحكم فيها أي تم سماع بينات الأطراف ومرافعاتهم الختامية وتوفي الخصم أو فقد أهليته بعد هذه المرحلة فتقرر المحكمة إتمام ما قد بدأت به و النطق بالحكم دون الداعي لقطع السير فيها.

المطلب الثالث

آثار انقطاع السير في الدعوى

١-وقف جميع المواعيد الجارية في حق الخصوم

فأي مدة لم تبدأ فإنها لا تبدأ أثناء الانقطاع، وإذا بدأت فإنها تتوقف الىٰ حين إعادة السير في الدعوىٰ مثل شطب الدعوىٰ.

٢-يعتبر أي إجراء متخذ خلال فترة الانقطاع باطل

ويعتبر هذا البطلان نسبي ويتمسك فيه من له مصلحة بذلك مع حقه بالتنازل عنه، وهنا يعتبر البطلان مقرر لمصلحة من شرع له وهم ورثة المتوفي أو من يمثل فاقد الأهلية أو من زالت عنه الصفة، وأيضـًا أي حكم يصدر خلال فترة الانقطاع يعتبر باطلاً إلا اذا كانت الدعوىٰ مهيأة للحكم فيها، وعند انقطاع الدعوىٰ لأي من الأسباب التي ذكرت أعلاه تستأنف الدعوىٰ سيرها عند حضور أحد الورثة أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو من زالت عنه الصفة الجلسة المحددة وباشر السير في الدعوىٰ.



المطلب الرابع
سقوط الخصومة

إن مماطلة المدعي وعدم اتخاذه أي إجراء لإكمال السير في الدعوىٰ، قد يدفع المدعىٰ عليه لتقديم طلب لإسقاط الخصومة بحيث يجب توافر الشروط التالية لتحقق الانقطاع:

١-عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه

فإذا لم يباشر المدعي بتحريك الدعوىٰ وإكمال إجراءاتها فيحق للمدعىٰ عليه أن يطلب إسقاط الخصومة.

٢-مرور ستة أشهر على آخر إجراء صحيح متخذ في الدعوى

فالقانون أعطىٰ للمدعىٰ عليه صلاحية تقديم طلب عند توافر الشروط المذكورة لإسقاط الخصومة، علىٰ أن يكون الطلب مقدم ضد جميع المدعين في الدعوىٰ أو المستأنفين بالاستئناف، علىٰ أن تقديم طلب إسقاط الخصومة في مرحلة الاستئناف يؤدي لاعتبار الحكم المستأنف نهائياً .

متى تسقط الخصومة في حالتيّ وقف وانقطاع السير في الدعوى؟

يتوجب علىٰ المدعي بعد زوال سبب الوقف أن يتقدم بطلب تعجيل للدعوىٰ لكونه يعتبر حريص علىٰ السير في إجراءات الدعوىٰ لكن إذا مرت مدة ستة أشهر علىٰ آخر إجراء صحيح ولم يتقدم بطلب تعجيل، فالقانون منح المدعىٰ عليه الحق في تقديم طلب لإسقاط الخصومة، إذاً في حالة الوقف يعتبر آخر إجراء صحيح متخذ هو من تاريخ زوال سبب الوقف.

أما بالنسبة لسقوط الخصومة في حالات الانقطاع بالدعوىٰ فتبدأ مدة السقوط

(٦ أشهر) من يوم تبليغ ورثة الخصم المتوفي أو من يقوم مقام فاقد الأهلية أو من زالت عنه الصفة بوجود الدعوىٰ.

المطلب الخامس
آثار سقوط الخصومة

١-سقوط كافة القرارات التمهيدية الصادرة بالدعوىٰ.
٢-لا يمس أصل الحق أي لا يمنع المدعي من رفع الدعوىٰ من جديد.
٣-لا تسقط الأحكام القطعية ولا الإجراءات السابقة لها.
٤-لا تسقط القرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها ولا تسقط إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة إلا إذا كانت باطلة في أساسها.

المطلب السادس
انقضاء الخصومة

تنقضي الخصومة بقوة القانون بعد مضي ثمانية أيام علىٰ آخر إجراء صحيح تم فيها. فإذا لم يتقدم المدعىٰ عليه بطلب بعد ستة أشهر علىٰ آخر إجراء وبقيت الدعوىٰ قائمة دون السير بها تنقضي تلقائيًا وتصبح مسقطة بحكم القانون، جاء ذلك من خلال الفقرة (د) من المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية حيث جاء فيها [إذا لم يتقدم أحد الخصوم بطلب السير في الدعوىٰ خلال مدة الأيام الثمانية التالية لنهاية الأجل - مهما كانت مدة الوقف- تسقط الدعوىٰ].

سقوط الدعوى:

أشارت لذلك الفقرة (أ) من المادة (٥٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية إذ جاء فيها:

أ-للمحكمة أن تسقط الدعوىٰ:

١-إذا لم يحضر أحد من الفرقاء.

٢-إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعىٰ عليه وطلب الإسقاط.

أمَا إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعىٰ عليه بعد تبليغه الموعد المعين حسب الأصول فتقرر المحكمة سماع الدعوىٰ والاستمرار في المحاكمة بحقِه غيابيًا بناء علىٰ طلب المدعي، ويجوز للمحكمة من نفسها أن تقرر محاكمة المدعىٰ عليه غيابيًا إذا كان موضوعها ممَا تقبل فيه الشهادة حسبة.

المطلب السابع
المواعيد الإجرائية

حدد المشرع في قانون أصول المحاكمات الشرعية مواعيد تلزم مراعاتها عند مباشرة الإجراءات أمام القضاء، بحيث يمكن القول إن قوام أصول المحاكمات إجراء وميعاد، وإن هناك تلازما بينهما، بحيث لا يعد الإجراء صحيحا إلا إذا اتخذ في الميعاد الذي قرره المشرع.

وقد راعىٰ المشرع في هذه المواعيد التوازن بين ما يقتضيه حسن سير القضاء من تعجيل الفصل في الخصومات بحيث لا تتراخىٰ الإجراءات وتتأخر علىٰ نحو لا مبرر له استجابة لمبدأ تركيز الخصومة ورعاية للخصوم حتىٰ تستقر مراكزهم القانونية من ناحية، وما يقتضيه مبدأ حرية الدفاع من منح الخصوم فرصة كافية لإعداد وسائل دفاعهم وتحضير ما يرون اتخاذه من إجراءات التقاضي من ناحية أخرىٰ، وتسمىٰ هذه المواعيد بالمواعيد الإجرائية، وهي تعد من صور التنظيم الشكلي للإجراء القضائي بحيث لا يكون الإجراء صحيحا كقاعدة ويرتب آثاره إذا لم يحترم ميعاده القانوني.



أنواع المواعيد الإجرائية:

تقسم المواعيد في قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ مواعيد حتمية ومواعيد تنظيمية. كما تنقسم من ناحية أخرىٰ إلىٰ مواعيد كاملة ومواعيد ناقصة ومواعيد مرتدة.

المواعيد الحتمية والمواعيد التنظيمية:

الميعاد الحتمي:

هو الميعاد الذي يرتب المشرع علىٰ مخالفته جزاء إجرائيا، كالبطلان أو سقوط الحق في اتخاذ الإجراء، أو اعتبار الدعوىٰ كأن لم تكن. وبعض المواعيد الحتمية يتعلق بالنظام العام كمواعيد الطعن، ولكن أغلب هذه المواعيد لا تتعلق بالنظام العام بل تقررت لمصلحة الخصوم، ويجب أن يتمسك بها الخصم الذي تقررت لمصلحته مثل ميعاد تعجيل الدعوىٰ بعد وقفها. والمواعيد الحتمية لا تتأثر بالوقف الاتفاقي للخصومة، فإذا اتفق الخصوم علىٰ وقف الخصومة وتم هذا الاتفاق بعد صدور قرار في مسألة، أو حكم في شق من الموضوع يقبل الطعن المباشر فإن هذا الوقف لا يؤثر في سريان ميعاد الطعن في هذا القرار أو الحكم.

أما الميعاد التنظيمي:

فهو الميعاد الذي لا يرتب المشرع جزاء علىٰ مخالفته، مثل ميعاد تبليغ لائحة الدعوىٰ، وميعاد تقديم اللائحة الجوابية، وميعاد تسليم لائحة الدعوىٰ لقلم المحضرين، ومواعيد الحضور.

الميعاد الكامل والميعاد الناقص:

أولا: الميعاد الكامل

وهو الفترة الزمنية التي يجب أن تنقضي بالكامل ثم يتخذ الإجراء بعدها، بمعنىٰ

أنه لا يجوز اتخاذ الإجراء إلا بعد انقضاء الميعاد. ومثالها مواعيد الحضور، فالمشرع يقرر أنه يجب منح مهلة زمنية للمدعىٰ عليه للاستعداد للحضور أمام المحكمة، وهذه المهلة يجب أن تمضي بين تاريخ التبليغ وتاريخ الجلسة، وقد أشارت لذلك المادة (١٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي جاء فيها: تتضمن مذكرة الحضور تكليف المدعىٰ عليه الحضور في (وقت معين) وتقديم دفاع خطي ضد لائحة الدعوىٰ التي قدمها المدعي خلال عشرة أيام من تاريخ تبليغه المذكرة إذا شاء ذلك في الدعاوىٰ التالية:

١-إذا كانت قيمة موضوع الدعوىٰ أكثر من خمسين دينارا.

٢-الدعاوىٰ المتعلقة بالوقف.

٣-دعاوىٰ النَسب والإرث والوصية وعزل الوصي والقيِم.

٤-دعاوىٰ الحجر وفكِه.

٥-دعاوىٰ الدية.

وفي هذه الحالة يجب أن لا تقل الفترة الفاصلة بين الميعاد المضروب لحضور المدعىٰ عليه وتاريخ صدور المذكرة عن عشرين يوماً

وقد سمي هذا الميعاد كاملا لأنه يجب أن ينقضي بالكامل دون اتخاذ الإجراء.

ثانيا: الميعاد الناقص

وهو الميعاد الذي يجب أن يتخذ الإجراء خلاله وقبل انقضائه، ويترتب علىٰ عدم الالتزام به سقوط الحق في الإجراء. ومثاله مواعيد الطعن، فميعاد الاستئناف ٣٠ يوما وميعاد الطعن بالاعتراض علىٰ الحكم الغيابي ١٥ يوما، ومواعيد الطعن لدىٰ المحكمة العليا الشرعية مدته ٣٠ يوما ويجب أن يرفع الاستئناف أو الاعتراض أو الطعن خلال هذا الميعاد فإذا انقضىٰ اليوم الأخير منه لم يعد الطعن مقبولا.[1]

---

١) انظر المواد (١٠٦ و١٠٧) و (١٣٦) و (١٥٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية




الفصل السابع

انتهاء الدعوى




الحكم هو ثمرة التقاضي والخاتمة الطبيعية لكل خصومة، فهدف رافع الدعوىٰ إلىٰ القضاء، وسيره فيها؛ وإثباتها؛ هو صدور حكم في موضوعها يبين حقوق كل من الخصوم؛ ويضع حدا للنزاع بينهم.

المبحث الأول
تعريف الحكم القضائي
في اللغة والاصطلاح

المطلب الأول
تعريف الحكم في اللغة

الحكم لغةً: القضاء[١]

وأصل معناه: المنع، يقال: حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر علىٰ الخروج من ذلك، ويقال حكم اللّه أي قضاؤه بأمر والمنع من مخالفته.[٢]

المطلب الثاني
التعريف الاصطلاحي للحكم

الحكم بالمعنىٰ العام هو القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة، سواء في أثناء سيرها أو في نهايتها، وسواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أم في مسألة فرعية[٣] وهذا التعريف هو ما قررته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧٨٦) منها إذ عرفت الحكم بأنه عبارة عن (قطع الحاكم المخاصمة وحسمه إياها).

وقد عرف البعض الحكم بمعناه الخاص بأنه «القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا؛ ومختصة (أو صارت مختصة بعدم الاعتراض علىٰ اختصاصها في الوقت المناسب)، في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات،

---
١) المصباح المنير ٢/ ٤٣٤
٢) المصباح المنير ٢/ ٤٣٤
٣) د وجدي راغب، ص ٤٤٦

سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه». [١]

بينما عرف بعضهم الأحكام بأنها «القرارات الصادرة من جهات قضائية للفصل في المنازعات وفقا لإجراءات وضمانات معينة». [٢]

أما ما عدا ذلك مما يصدره القاضي قبل الحكم المنهي للخصومة فتسمىٰ في قانون أصول المحاكمات الشرعية قرارات تمييزا لها عن الحكم الفاصل في الدعوىٰ.

وقد أحاط المشرع الأحكام بعناية خاصة ضمانا لحقوق الخصوم، فاستلزم تسبيب الأحكام؛ وإيداع مسودة الحكم مسببا عند النطق بالحكم ليثبت أنها جاءت بعد فحص ودراسة، وحدد طرقا خاصة للطعن فيها؛ ووضع قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مقتضاها أن الحكم يعد عنوانا للحقيقة والصحة؛ بمعنىٰ أنها تصدر دائما صحيحة من ناحية الشكل وعلىٰ حق من ناحية الموضوع، وذلك حتىٰ يضع حدا للخصومة فلا تتأبد. فمتىٰ صدر الحكم امتنع علىٰ القاضي الذي أصدره أن يعدله أو يرجع عنه، ولا يجوز لأي محكمة أخرىٰ أن تعيد النظر فيه إلا بطرق الطعن المقررة قانونا.

---

١) د أحمد أبو الوفا نظرية الأحكام، ص ٣٣

٢) د عبدالباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية (المرافعات) دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٦٥-١٩٦٦، ص ٤٦٢

المبحث الثاني
تقسيمات الأحكام

الأحكام الفاصلة في الدعوىٰ تنقسم من حيث قابليتها للطعن فيها إلىٰ أحكام ابتدائية وأحكام نهائية وأحكام قطعية أو باتة، وتنقسم من حيث حضور أو غياب المحكوم عليه إلىٰ أحكام حضورية (وجاهية) وأحكام غيابية، وتنقسم من حيث أثرها إلىٰ حكم مقرر، وحكم منشئ، وحكم إلزام.

الأحكام الابتدائية والنهائية والقطعية:

١-**الأحكام الابتدائية**، وهي الأحكام التي تصدر من محكمة الدرجة الأولىٰ وتقبل الطعن فيها بالاعتراض والاستئناف.

٢-**الأحكام النهائية**، وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف، سواء لأن المشرع قرر عدم جواز استئنافها، أم لفوات ميعاد الاستئناف وصيرورتها نهائية، أم لصدورها من محكمة الدرجة الثانية الاستئنافية. وتكون هذه الأحكام حائزة لقوة الشيء المحكوم فيه، ولو كان الحكم قابلا للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية، وهي طلب إعادة المحاكمة، بل ولو طعن فيها بالفعل بهذا الطعن الغير عادي.

٣-**الأحكام القطعية أو الباتة**، وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية.

فالقرار القطعي:

هو القرار الذي يفصل في مسألة فصلا لا يجوز الرجوع فيه، مثل قرار اختصاص المحكمة بنظر الدعوىٰ، أو جواز الإثبات بشهادة الشهود، أو القرار برد دفع لعدم ثبوته.

أما القرار غير القطعي أو المؤقت:

فهو الذي يفصل في المسألة علىٰ نحو يجوز معه للمحكمة أن تراجعه فتعدله أو تلغيه؛ كالقرار بندب خبير أو تعيين حارس قضائي أو تقرير نفقة مؤقتة، فالغرض منه اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي لحماية مصالح الخصوم، أو لحفظ أموالهم حتىٰ يتم الفصل في موضوع النزاع، ويقصد منه مجرد تفادي الأضرار الناتجة عن إطالة إجراءات الخصومة.

المبحث الثالث

إجراءات إصدار الحكم

يوجب القانون علىٰ المحكمة بعد استكمال إجراءات المحاكمة أن تصدر حكمها في الدعوىٰ، حيث لا يجوز وفق المادة (١٠١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية أن تمتنع المحكمة عن إصدار الحكم في الدعوىٰ المنظورة أمامها بلا سبب قانوني.

فمتىٰ انتهت المرافعة تصبح الدعوىٰ صالحة للحكم فيها وتعلن المحكمة إقفال باب المرافعة. وإذا كانت المحكمة مكونة من قاض واحد إما أن يصدر حكمه فور اختتام المحاكمة، وإما أن يرفع الجلسة مؤقتا ثم يعيدها وينطق بالحكم، وإما أن يؤجل النطق به إلىٰ جلسة أخرىٰ إذا كانت القضية بحاجة إلىٰ التدقيق. وإذا كانت المحكمة مكونة من عدة قضاة فإنه يلزم لإصدار الحكم أن يتبادل القضاة مجتمعين الرأي ووجهات النظر في الدعوىٰ المعروضة عليهم، والمشاورة في منطوق الحكم وأسبابه قبل النطق به وهو ما يسمىٰ بالمداولة.

وتقوم هيئة المحكمة بالنطق بالحكم في جلسة علنية، ويوجب القانون إيداع مسودة الحكم في ملف الدعوىٰ عند النطق به، علىٰ أن يتم تحريره بصورة نهائية. وتضمن المحكمة حكمها إلزام من تراه من الخصوم بمصاريف الدعوىٰ.

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦ إلىٰ الأحكام والقرارات من خلال المواد من ١٠١-١٠٥ وذلك علىٰ النحو التالي:

المادة (١٠١)

تشمل هذه المادة أربع فقرات وهذه الفقرات هي:

أ-في غير القضايا التي تنظر تدقيقا:

❋ تنظر الدعاوىٰ في المحاكم الشرعية علىٰ وجهين، تدقيقا ومرافعة.

في المحاكم الابتدائية ومحاكم التنفيذ: تنظر الدعوىٰ مرافعة.

في محاكم الاستئناف: تنظر الدعوىٰ مرافعة وتدقيقا حسب ما يقتضيه الحال.

في المحكمة العليا الشرعية: تنظر الدعوىٰ تدقيقا.

والقضايا المقصودة في هذه الفقرة من المادة هي القضايا المنظورة مرافعة، سواء في أي جهة كانت المحكمة.

١-تعلن المحكمة ختام المحاكمة بعد الانتهاء من إجراءاتها.

تأتي مرحلة ختام المحاكمة بعد الانتهاء من إجراءات الدعوىٰ، فان لم تعلن المحكمة ختم المحاكمة يترتب البطلان علىٰ كامل إجراءاتها.

وعليها أن تنطق بالحكم علانية في الجلسة نفسها.

فإذا كانت الإجراءات في المحاكمة سرية فيجب علىٰ المحكمة ان تقرر علانية الجلسة وتنطق بالحكم علانية فاذا غفلت عن ذلك كانت الحكم منعدما لان الاحكام علنية.

والا ففي جلسة تالية تنعقد لهذا الغرض خلال عشرة أيام علىٰ الأكثر، إذا لم تتمكن المحكمة من النطق بالحكم في ذات الجلسة التي انتهت من إجراءاتها واعلانها ختام المحاكمة تدون في المحضر ولغاية النطق بالحكم تقرر تأجيل الجلسة الىٰ يوم آخر خلال عشرة أيام من تاريخ الجلسة الأخيرة.

وإذا تغيب الطرفان أو احدهما فلا يمنع المحكمة من إصدار حكمها.

إذا تغيب الطرفان أو أحدهما عن إصدار الحكم فلا يمنع المحكمة من إصدار حكمها لان الحق قد ثبت لدىٰ المحكمة.

٢- للمحكمة أن تعيد فتح المحاكمة قبل النطق بالحكم لأي لأمر ترىٰ أنه ضروري للفصل في الدعوىٰ.

الفقرة هنا مقيدة بأن تكون المرحلة التي وصلت إليها الدعوىٰ تقبل مثل هذا البحث، (أي أن ما كان من قرارات القرينة قد صدر فلا يحق للمحكمة الرجوع عنه) فمثلا في حال قررت المحكمة المطابقة، وقنعت بشهادة الشهود، وأعلنت ختام المحاكمة، وتبين لها عدم حصرها للشهود، أو أنها لم تسأل المدعىٰ عليه عن شهادة الشهود، فلا يقبل منها أن ترجع إلىٰ هذه النقطة، لكن في حال قررت المحكمة المطابقة، وأعلنت ختام المحاكمة، وتبين لها عدم إعلانها القناعة من عدمها فلها أن ترجع إلىٰ هذه النقطة.

ومثال آخر: إن قررت المحكمة تحليف اليمين الشرعية، ولم يتخذ بعد حلف اليمين أي قرار، فلها أن ترجع وتعيد تصوير اليمين إن تبين لها خلو اليمين المصورة من عدد من العناصر الهامة في الدعوىٰ، أما إذا قررت المحكمة بعد التحليف اليمين الشرعية رد دعوىٰ المدعي، فلا يقبل من المحكمة الرجوع عن ذلك، ولا يقبل منها إعادة تصويب اليمين الشرعية.

٣-ينطق بالحكم علنا رئيس الجلسة أو القاضي حسب مقتضىٰ الحال، ويجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة النطق بالحكم، وإذا كان موقعا من هيئة المداولة وتغيب بعضهم أو كلهم يجوز تلاوته من هيئة أخرىٰ علىٰ أن يؤرخ الحكم بتاريخ النطق به ويثبت ذلك في ذيل الحكم.

هذه الفقرة خاصة بمحكمة الاستئناف الشرعية، والمحكمة العليا الشرعية، لان عبارة مقتضىٰ الحال تفيد ذلك، فرئيس الجلسة يقصد به هنا رئيس الجلسة في الهيئة الاستئنافية أو العليا الشرعية، ففي هذه الحالة ينطق بالحكم رئيس الجلسة علنا. والقاضي يقصد به القاضي في محكمة البداية، أو محكمة التنفيذ لان هيئتها مكونة من قاض منفرد فهو الذي ينطق بالحكم علنا.

والقضاة الذين اشتركوا بحضور المرافعة لا يجب حضورهم بل يجب حضور

القضاة الذين اشتركوا في المداولة، وفي حال قامت الهيئة التي تم تداول بينها بتأجيل الجلسة لغايات النطق بالحكم، وتغيرت تلك الهيئة، يجب علىٰ الهيئة الأصلية التي قررت تأجيل النطق بالحكم كتابة الحكم وإعداده، وعلىٰ الهيئة الجديدة النطق بالحكم، وإذا وقع القضاة الذين اشتركوا في المداولة الحكم، وهم الذين سينطقون بالحكم فلا يملك رئيس الجلسة الرجوع عن الحكم، لأنه لا يصح الرجوع حيث تبينت وجهة نظرهم حتىٰ لو لم يحضر رئيس الجلسة جلسة النطق بالحكم.

٤- تحفظ مسودة الحكم المشتملة علىٰ أسبابه ومنطوقه موقعة من الرئيس والقضاة ولا تعطىٰ صورة عنها للخصوم، ولكن يجوز الاطلاع عليها إلىٰ حين تمام النسخة الأصلية.[1]

ب- تكون المداولة في الأحكام سرية بين القضاة مجتمعين ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين نظروا الدعوىٰ.[2]

ج- يسمع الرئيس آراء القضاة الأعضاء ويبدأ بأحدثهم.[3]

د- تصدر الأحكام بالإجماع أو بالأكثرية وعلىٰ القاضي المخالف أن يبين أسباب مخالفته في ذيل الحكم.[4]

---

١) انظر الفقرة (أ) من المادة مائة وواحد من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة وواحد من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر الفقرة (ج) من المادة مائة وواحد من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٤) انظر الفقرة (د) من المادة مائة وواحد من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

المبحث الرابع
آثار الحكم القضائي

تقوم آثار الأحكام علىٰ فكرتين أساسيتين:

الأولىٰ: أن الحكم يحسم النزاع علىٰ أصل الحق المتنازع فيه؛ فيمتنع علىٰ سائر المحاكم – بما فيها المحكمة التي أصدرته – إعادة النظر فيما قضىٰ به.

الثانية: أن الحكم لا ينشئ –كقاعدة عامة– حقوقا للمتقاضين، وإنما هو يبين ما كان لهم من حقوق نشأت قبل رفع الدعوىٰ وبمقتضىٰ السبب الذي أنشأها. فالحكم لا ينشئ حقا جديدا لم يكن موجودا، ولا يجدد الحق، وإنما هو يقويه وينشئ لصاحبه بعض المزايا. وتسري آثار الحكم –كقاعدة عامة– من وقت صدوره، وإن كانت المطالبة القضائية تنشئ آثارا هامة هي التي تسري من وقت رفع الدعوىٰ؛ ويقررها الحكم الصادر فيها. لذلك يترتب علىٰ الحكم الاثرين التاليين:

أولا: حسم النزاع على أصل الحق

ينهي الحكم النزاع علىٰ أصل الحق إذ تستنفد المحكمة ولايتها بالنسبة لهذا النزاع فيخرج من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم، وبصدور الحكم يكتسب حجية الشيء المحكوم به، فيمتنع علىٰ سائر المحاكم الأخرىٰ إعادة النظر فيما فصل فيه، إلا إذا طرح النزاع أمامها بشكل طعن في الحكم.

ثانيا: خروج النزاع من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم

بصدور الحكم تكون المحكمة قد أدت وظيفتها/ واستنفدت ولايتها بالنسبة للدعوىٰ، فلا يجوز لها أن تعيد النظر مرة أخرىٰ في ذات النزاع، أو أن تعدل عما قضت به، أو أن تعدله، أو أن تضيف إليه. فليس للمحكمة التي قضت بالدين علىٰ

المدين أن تعود فتمنحه مهلة للوفاء، أو أن تقضي بشمول حكمها بالنفاذ المعجل بعد سبق صدوره غير مشمول بالنفاذ. وهذه القاعدة تسري بالنسبة لسائر الأحكام سواء أكانت منهية للخصومة أم لا، فالحكم بعدم اختصاص المحكمة لا يجيز لها أن تحكم باختصاصها بعد ذلك. ويستثنىٰ من هذه القاعدة ما يلي:

أولا: الطعن بالحكم بطلب اعتراض الغير أو إعادة المحاكمة، أو نقض الحكم

بينت المواد (١١٥-١٢٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية الحالات التي يجوز للغير الاعتراض علىٰ حكم القاضي الذي يقدم إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه. كما بينت المواد (١٥٣-١٥٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية حالات طلب إعادة المحاكمة التي يجوز فيها عرض النزاع علىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم، وهذه الحالات وردت علىٰ سبيل الحصر فلا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها. كما تقوم المحكمة بإعادة النظر في حكمها إذا أعيد إليها بعد نقض الحكم من المحكمة العليا الشرعية.

ثانيا: تصحيح الحكم

نصت المادة (١٩٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية هذه المسألة:

أ-تتولىٰ المحكمة في كلِ وقت تصحيح ما يقع في أحكامها أو قراراتها من أخطاء ماديَة بحتة كتابيَة كانت أم حسابيَة وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها، أو بناء علىٰ طلب أحد الخصوم من غير مرافعة، ويجري كاتب المحكمة هذا التصحيح علىٰ نسخة الحكم الأصليَة أو القرار ويوقِعه هو ورئيس الجلسة.

ب- يجوز الطعن في القرار الصَادر بالرفض أو القرار الصَادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه في هذا القانون وذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع الطلب.



ويتبين من هذا النص أنه يشترط لقبول تصحيح الحكم:

١-**أن يكون الخطأ المطلوب تصحيحه خطأ ماديا بحتا**، أي لا يؤثر علىٰ كيان الحكم، مثل تصحيح اسم أحد الخصوم إذا كان هناك خطأ في شق منه بشرط ألا يكون هناك شك واعتراض علىٰ حقيقة شخصيته أو صفته، وتصحيح اسم أحد القضاة الذين اشتركوا في إصدار الحكم. وكذلك تصحيح خطأ في عملية حسابية تمت إثر الحكم بمبادئ معينة.

أما ما عدا الأخطاء المادية (كتابية أم حسابية) التي تكون قد أثرت في الحكم، كما إذا كان خطأ المحكمة قد وقع في تقدير الوقائع أو تطبيق القاعدة القانونية عليها، فإن سبيل التظلم منه يكون بالطعن في الحكم بطريق الطعن المناسب.

٢-**أن لا يكون التصحيح وسيلة لتعديل حكم المحكمة**، فلا يجوز أن تتخذ من طلب التصحيح وسيلة للرجوع عن الحكم الصادر منها، فتغير في منطوقه بما يناقضه أو يعدل فيه، كأن ترد الدعوىٰ بعد أن كانت قد حكمت للمدعي بما طلبه أو العكس، أو تعدل تاريخ حساب الفائدة أو سعرها، لأن في ذلك مساس بحجية الشيء المقضي.

ثالثا: تفسير الحكم

تنص المادَة (١٩٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية علىٰ أنه [إذا وقع في منطوق الحكم غموض أو لبس يجوز لأي من الخصوم أن يطلب إلىٰ المحكمة التي أصدرته تفسيره ويقدم الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوىٰ].

ويتضح من هذا النص أنه يشترط لقبول طلب تفسير حكم:

١-أن يكون المطلوب تفسيره هو منطوق الحكم.

٢-أن يكون منطوق الحكم مشوبا بغموض أو إبهام أوشك في تفسيره أو أن يحتمل أكثر من معنىٰ، بحيث يصعب الوقوف علىٰ ما قصدته المحكمة من حكمها أما

إذا كان منطوق الحكم واضحا فلا يقبل طلب التفسير لانعدام المصلحة.

٣-أن تتوافر مصلحة لطالب التفسير، فإذا كان الحكم قد تم تنفيذه؛ ولا يقصد من طلب تفسيره إلا مجرد إرضاء رغبة في نفس طالبه فإنه لا يقبل.

٤-أن يقتصر التفسير علىٰ توضيح الغموض الوارد في منطوق الحكم دون إدخال أي تغيير عليه، فلا يجوز أن يتخذ طالب التفسير من طلبه وسيلة لإدخال تعديل علىٰ الحكم. كما لا تملك المحكمة عند تفسير حكمها تعديل قضاءها أو الرجوع عنه أو الإضافة إليه، وإلا كان قابلا للطعن بالطريق المناسب.

ويقبل طلب تفسير الحكم ولو بعد رفع الاستئناف عنه، لاحتمال تمام تنفيذه قبل نظر الاستئناف إذا كان مشمولا بالنفاذ المعجل، ولاحتمال ضرورة هذا التفسير لإجراء التنفيذ في بعض الأحوال. وهذا لا يتعارض مع حق محكمة الدرجة الثانية في تعديل أو إلغاء قضاء محكمة الدرجة الأولىٰ.

ويقدم طلب التفسير من الخصوم، فلا يجوز للمحكمة أن تعمد إلىٰ تفسير الحكم الغامض من تلقاء نفسها، بل لا بد من أن يتقدم أحد الخصوم بطلب ذلك. ويقدم طلب التفسير باستدعاء وفق الأوضاع المعتادة لرفع الدعاوىٰ؛ إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم سواء كانت محكمة بداية أم محكمة استئناف، وسواء فصلت في الدعوىٰ باعتبارها محكمة درجة أولىٰ أم محكمة درجة ثانية. ولم يشترط القانون أن يتولىٰ التفسير الأعضاء أنفسهم الذين أصدروا الحكم المطلوب تفسيره، لذلك يمكن أن تقوم بتفسير الحكم هيئة أخرىٰ غير التي أصدرته.

المبحث الخامس

حجية الشيء المحكوم به

الحكم القضائي هو عنوان الحقيقة، ويرتب علىٰ ذلك أثرا هاما، هو اعتبار الحكم حائزا للحجية فيما فصل فيه من مسائل متنازع عليها، فلا يجوز عرض هذه المسائل علىٰ المحكمة مرة أخرىٰ، وإنما يجوز الطعن في الحكم إذا كان القانون يجيز ذلك.

وهذا المبدأ معمول به في جميع التشريعات، لأنه من اللازم وضع حد نهائي للمنازعات ومنع تجديدها إلىٰ ما لا نهاية من ناحية، ومنع تضارب الأحكام وتناقضها في الخصومة الواحدة من ناحية أخرىٰ.

ويكتسب الحكم الحجية بمجرد صدوره ولو كان ابتدائيا، غير أنها تكون حجية مؤقتة تزول إذا ألغي الحكم بعد الطعن فيه، وتثبت إذا ما أصبح نهائيا بفوات مهلة الطعن، أو بتأييده بعد الطعن فيه. وقد نصت علىٰ ذلك المادة ١٨٣٧ من مجلة الأحكام العدلية بقولها [**الدعوىٰ التي حكم بها وربطت بإعلام لا يجوز رؤيتها وسماعها تكرارا إذا توافرت الأسباب والشروط الموافقة للأصول المشروعة**].

وكذلك المادة ١٠٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي تنص علىٰ أن [**الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مرعية ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف الشرعية**].

ويترتب علىٰ حجية الشيء المحكوم به أن يمتنع علىٰ المحاكم الأخرىٰ أن تنظر فيما سبق الحكم فيه، ما لم تكن محكمة طعن رفع أمامها الطعن بالطريق القانوني. فإذا رفعت دعوىٰ مبتدأه أمام إحدىٰ المحاكم للفصل فيما سبق لمحكمة أخرىٰ أن فصلت فيه، فإنه يجوز الدفع أمامها بعدم القبول لسبق الفصل في ذات الدعوىٰ.

ويشترط للتمسك بحجية الشيء المحكوم به أن يكون النزاع المعروض علىٰ المحكمة قائما بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق النزاع بالحق ذاته محلا وسببا.

وتختلف الحجية عن القوة (قوة القضية المحكوم فيها)، إذ إنها تثبت للحكم في جميع الأحوال بمجرد صدوره حتىٰ لو كان حكما ابتدائيا. أم قوة الأمر المقضي فهي لا تثبت إلا للأحكام النهائية، فالحكم الحائز علىٰ الحجية يمتنع إعادة النظر فيه أمام ذات المحكمة أو أمام أي محكمة أخرىٰ من نفس درجتها، ولكن هذا لا يمنع من إمكانية الطعن فيه بمختلف الطرق. أما الحكم الحائز علىٰ قوة الأمر المقضي فلا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية، وإن كان من الممكن الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية فالقوة درجة أعلىٰ من الحجية وتحتويها.

المبحث السادس
أنـواع الأحـكام

المطلب الأول
أنواع الأحكام في الفقه الإسلامي

أولا: الحكم القولي والحكم الفعلي

الأصل عند إصدار الحكم القضائي أن يكون بالقول الدال علىٰ الحكم كقوله قضيت أو حكمت أو بأي لفظ يدل علىٰ ذلك، إلا أنه يقابل الحكم اللفظي حكم فعلي كقيام القاضي بأخذ الحق المدعىٰ به من المدعىٰ عليه وتسليمه للمدعي، وهناك فرق بين الحكم القولي والفعلي إذ يشترط في الحكم القولي أن تسبقه دعوىٰ بخلاف الحكم الفعلي.[1]

وقد أجمع الفقهاء علىٰ صحة الحكم القولي إذا توافرت فيه شروطه إلا أنهم اختلفوا في صحة الحكم الفعلي هل يعتبر حكما أم لا يعتبر؟ علىٰ النحو التالي:

* يرىٰ الحنفية والحنبلية أن فعل القاضي يعتبر حكما إذا صدر عنه من خلال ولايته العامة للقضاء.

جاء في الدر المختار «فعل القاضي حكم، فلو زوج اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يجز إلا في مسألتين: إذا أذن الولي للقاضي بتزويجها كان وكيلا، وإذا أعطىٰ فقيرا من وقف الفقراء كان له إعطاء غيره.

أمر القاضي حكم إلا في مسألة الوقف المذكورة فأمره فتوىٰ، فلو صرف بغيره صح. «[2]وجاء في البحر الرائق» إذا حضر الورثة إلىٰ القاضي فطلبوا القسمة وبينهم

---

١) رد المحتار ٥/ ٣٩٦وحاشية البيجرمي علىٰ الإقناع ٤/ ٣٥١

٢) الدر المختار ٥/ ٥٧٠

وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة: لا أقسم بينهم بإقرارهم حتىٰ يقيموا بينة علىٰ الموت والمواريث. وقال أبو يوسف ومحمد: أقسم ذلك بإقرارهم. وقال أبو حنيفة: لا أقسم ذلك بقولهم ولا أقضي علىٰ الغائب والصغير وبقولهم لان قسمة القاضي قضاء منه». [(١)]

ثانيا: الحكم القصدي والحكم الضمني

الحكم القصدي:

هو الحكم المنصب علىٰ الحق المدعىٰ به، بحيث قصده قصدا أصليا، كمن أقام دعوىٰ أمام القضاء يطلب بدين له علىٰ آخر فيثبت دعواه ويحكم له القاضي بهذا الحق، فهذا الحكم قصدي لأنه انصب علىٰ الحق المدعىٰ به.

الحكم الضمني الإشاري:

الحكم الإشاري منطوق غير مقصود. [(٢)]

وهو الحكم الذي يكون المحكوم فيه غير مقصود ويستفاد من الحكم القصدي الصريح بطريق اللزوم كمن أقامت دعوىٰ علىٰ زوجها تطالبه بالنفقة فحكم القاضي لها عليه بالنفقة، فحكم القاضي هنا قصدي بالنفقة للزوجة وضمني بثبوت الزوجية بينها وبين زوجها المحكوم عليه بالنفقة.

ولكن هل الفقهاء متفقون علىٰ حجية الحكم الضمني «الإشاري»؟

اختلف الفقهاء في ذلك علىٰ أقوال:

الأول: اتفق الحنفية والشافعية علىٰ حجية الحكم الضمني الإشاري، واعتبروه كالحكم الصريح من حيث الإلزامية للمحكوم عليه. [(٣)]

---

١) البحر الرائق ٦/ ٤٣٠

٢) التقرير والتحبير ٢/ ٢١٧وتيسير التحرير ١/ ٣٥٦

٣) مغني المحتاج ٤/ ٣٩٥

الثاني: يرى المالكية بعدم حجية الحكم الضمني، وبالتالي لا يكون ملزما للمحكوم عليه، وقد صرح بذلك في الطريقة المرضية للشيخ جعيط ما نصه «ومن الجلي أن هذا الحكم الضمني ليس حكما عندنا».[1]

أمثلة على القضاء الضمني:

١- كما إذا شهدوا بالخلع بين الزوجين وهما ينكران الخلع وقضى القاضي يثبت المال ضمنا لثبوت الخلع، وإن شرط فيه إثبات المال قصدا.[2]

٢- لو ادعى كفالة على رجل بمال بإذنه فأقر بها، وأنكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصدا، وعلى الأصيل الغائب ضمنا.[3]

٣- لو شهدا بأن فلانة زوجة فلان وكلت زوجها فلانا في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما.[4]

الفرق بين القضاء القصدي والضمني:

١- **القضاء الضمني لا تشترط له الدعوى والخصومة**[5] كما إذا شهدا على خصم بحق وذكرا اسمه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمنا وإن لم يكن في حادثة النسب[6] بينما في الحكم القصي يشترط ذلك.

٢- **القضاء الضمني يتساهل به ما لا يتساهل بالقضاء القصدي،** فيجوز في القضاء الضمني أن يتناول الحكم شيئا لم يحل بعد، ومثل لذلك بما لو حكم قاض

---

١) الطريقة المرضية ص ٢٧٨ ونظرية الحكم القضائي ص ٤٧٨

٢) غمز عيون الصائر ٤/ ٣٥٨

٣) رد المحتار ٤/ ٣٦١ والأشباه والنظائر ١/ ٢٢٦

٤) رد المحتار ٣/ ٨٨ والأشباه والنظائر ١/ ٢٢٥

٥) غمز عيون البصائر ٤/ ٣٥٧

٦) رد المحتار ٣/ ٨٨

شافعي بموجب الإجارة فان حكمه يكون مانعا للقاضي الحنفي من الفسخ بالموت لان حكم الشافعي بالموجب في الإجارة يتناول الحكم بانسحاب بقاء الإجارة ضمنا.(١)

ثالثا: الحكم بالاستحقاق والحكم بالترك «الرد»

الأصل أن ترفع الدعوىٰ أمام القاضي ليفصل بين طرفي النزاع بحكم شرعي فاصل في الخصومة المطروحة أمامه، والأصل أن يسخر القاضي كافة الإمكانيات لإيصال الحق إلىٰ صاحبه، فإذا أثبت صاحب الحق حقه بالوسائل المعهودة كان حكم القاضي له باستحقاقه هذا الحق، وإذا فشل المدعي بإثبات مدعاه وحلف المدعىٰ عليه اليمين علىٰ نفي الدعوىٰ أصدر القاضي حكما علىٰ المدعي بعدم استحقاقه هذا الحق المدعىٰ به ويسمىٰ في العرف الفقهي قضاء الترك.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الحكم بالاستحقاق بأنه [إلزام القاضي المحكوم به علىٰ المحكوم عليه بكلام، كقوله: حكمت أو ألزمت فأعط الذي ادعىٰ به عليك لهذا المدعي أو سلّمه أو ادفع الدين الذي ادعىٰ به عليك].(٢)

ويقال لهذا القضاء: قضاء إلزام وقضاء استحقاق وقضاء ملك، وهو يكون في حالة ظهور حقّ المدعىٰ عند المدعىٰ عليه.

كما عرفت قضاء الترك بأنه [منع القاضي المدعي عن المنازعة بكلام، كقوله: ليس لك حقّ، وأنت ممنوع عن المنازعة مع المدعىٰ عليه، ويقال لهذا القضاء: قضاء الترك].(٣)

---

١) نظرية الدعوىٰ، ص٦٦٦

٢) مجلة الأحكام العدلية المادة ١٧٨٦

٣) المادة ١٧٨٦ من المجلة

الفرق بين قضاء الاستحقاق وقضاء الترك على وجهين:

الوجه الأول: أن المقضي عليه بقضاء الاستحقاق في حادثة لا يكون مقضيّاً له أبداً في تلك الحادثة.

أما المقضيّ عليه بقضاء الترك في حادثة فيجوز أن يقضىٰ له إذا أثبت دعواه بالبيّنة في تلك الحادثة مثاله: إذا ادعىٰ أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: إنه مالي وأنكر المدعىٰ عليه وحلف اليمين بالطلب، حكم علىٰ المدعي بقضاء الترك، فإذا أقام بعد ذلك البيّنة علىٰ دعواه يحكم له.

الوجه الثاني: إذا ادعىٰ شخص ثالث بأن المحكوم به هو ماله فتسمع دعواه في قضاء الترك، ولا تسمع في قضاء الاستحقاق ما لم يدع تلقّي الملك من جهة المقضيّ له فحينئذ تسمع.

رابعا: الحكم الغيابي والحكم الوجاهي

المقصود بالحكم الوجاهي الحكم بمواجهة المدعىٰ عليه، أما الحكم الغيابي فهو صدور الحكم بغياب المدعىٰ عليه، وقد بينا آراء الفقهاء في مسألة الحكم علىٰ الغائب في فصل سابق من فصول هذا الكتاب.

المطلب الثاني
أنواع الأحكام
في قانون أصول المحاكمات الشرعية

قد قسم القانون الحكم من حيث حضور وغياب المدعىٰ عليه إلىٰ ثلاثة أقسام:

١- **الحكم الوجاهي**: يعتبر الحكم وجاهيا إذا صدر بمواجهة طرفي الخصومة.

٢- **الحكم الغيابي بالصورة الوجاهية**: يعتبر الحكم غيابيا بالصورة الوجاهية إذا حضر المدعىٰ عليه جلسة أو أكثر من جلسات المحاكمة ثم تغيب عن ذلك.

٣- **الحكم الغيابي**: هو الحكم الذي تصدره المحكمة بغياب المدعىٰ عليه وبالتالي يعتبر هذا الحكم بمثابة الوجاهي إذا بلغ المدعىٰ عليه تبليغا صحيحا وتخلف عن حضور جلسات.[١]

وإذا صدر الحكم غيابيا بالصورة الوجاهية أو غيابيا فيجب تبليغ إعلام الحكم إلىٰ المدعىٰ عليه وتبدأ مدة الطعن من اليوم التالي لتاريخ التبليغ.[٢]

المادة (١٠٢)

١- يعتبر الحكم وجاهياً إذا صدر بمواجهة الطرفين، وغيابيا بالصورة الوجاهية إذا حضر المدعىٰ عليه جلسة أو أكثر من جلسات المحاكمة وتخلف بعد ذلك عن الحضور وفيما عدا ذلك يكون الحكم غيابياً.

٢-إذا صدر الحكم غيابيا بالصورة الوجاهية فيجب تبليغ الحكم إلىٰ المدعىٰ عليه وتبدأ مدة الطعن من اليوم التالي لتاريخ التبليغ.

الفرق بين الحكم الوجاهي والحكم الغيابي:

هناك عدة فروق بين الحكم الوجاهي، وبين الحكم الغيابي، بيانها فيما يلي:

(١) أن الغائب علىٰ حجته متىٰ حضر في الحكم الغيابي بخلاف الحكم الوجاهي.

(٢) أن للمحكوم عليه غيابياً طلب التماس إعادة النظر في الحكم الصادر ضده غيابياً بعد اكتساب القطعية، بخلاف المحكوم عليه وجاهيا فليس له ذلك.

(٣) للمحكوم عليه غيابياً أن يطلب من المحكمة علىٰ وجه السرعة وقف نفاذ الحكم مؤقتاً، وليس للمحكوم عليه حضورياً ذلك.[٣]

---

١) انظر الفقرة (أ) من المادة مائة واثنان من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة واثنان من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية ص ١٥٩ود. أحمد مسلم، أصول المرافعات ص ٣١٤

الحكم على الغائب في القانون:

أجاز قانون أصول المحاكمات الشرعية الحكم علىٰ الغائب ولكن أعطي الغائب ضمانات في حالة الحكم عليه وهذه الضمانات ذكرتها المواد من (١٠٦-١١١) علىٰ التفصيل التالي:

المادة (١٠٦) [للمحكوم عليه غيابياً أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه].

أعطىٰ القانون للمحكوم عليه غيابيا أن يعترض علىٰ الحكم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغه الحكم. ويشترط لصحة الاعتراض علىٰ الحكم الغيابي:

أ-صدور حكم غيابي بحق المعترض.

ب-ان يقدم المعترض لائحة اعتراضية يبين من خلالها أسباب اعتراضه علىٰ الحكم الغيابي.

ج-ان تقدم الدعوىٰ الاعتراضية خلال المدة القانونية وهي خمسة عشر يوما من تاريخ تبلغه اعلام الحكم في الدعوىٰ الاصلية.

المادة (١٠٧) يسقط يوم التبليغ وأيام العطل الرسمية من ضمن مدة الاعتراض إذا وقعت في نهاية المدة.

يسقط يوم التبليغ وايام العطل الرسمية إذا جاءت في نهاية المدة.

المادة (١٠٨) يجوز للمحكوم عليه أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي قبل تبليغه، ويعتبر ذلك قائماً مقام التبليغ، علىٰ أن يرفق إعلام الحكم المعترض عليه بلائحة الاعتراض.

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-يجوز للمحكوم عليه أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي قبل تبليغه، ويعتبر ذلك قائماً مقام التبليغ.

٢-لا بد من إرفاق إعلام الحكم المعترض عليه بلائحة الاعتراض.

المادة (١٠٩) [إذا قدم الاعتراض ضمن المدة القانونية تقرر المحكمة قبوله، وتنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد ذلك إما بفسخ الحكم الغيابي، أو تعديله، أو رد الاعتراض].

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-إذا قدم الاعتراض خلال المدة القانونية وجب علىٰ المحكمة قبوله.

٢-علىٰ المحكمة أن تنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد قبوله ذلك إما:

بفسخ الحكم الغيابي أو تعديله، أو رد الاعتراض. ويشترط في الاعتراض أن يبنىٰ علىٰ دفع أو علىٰ طعن في البينة أو الخبرة والخبراء، ولا يصح أن يقوم الاعتراض علىٰ الانكار المجرد، فلو أقيمت علىٰ الانكار المحرد يحكم برد الدعوىٰ الاعتراضية شكلا كونه نوعا من اللغو اذ بالإنكار سيعيد المحكمة الىٰ الدور الأول وهو الاثبات وقد سبق وان ثبتت الدعوىٰ.

المادة (١١٠) [يجوز تقديم الاعتراض إلىٰ أية محكمة من محاكم الدولة، وعلىٰ المحكمة التي قدم إليها الاعتراض أن تستوفي الرسم، وتبادر بإرساله فوراً إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه].

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-جواز تقديم اللائحة الاعتراضية إلىٰ إي محكمة بداية من محاكم المملكة ولا يجوز لهذا المحكمة أن ترفض قبوله.

٢-علىٰ المحكمة التي قدم لها اللائحة الاعتراضية أن تبادر مباشرة باستيفاء الرسم المقرر ومن ثم ارساله إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.

أثر تقديم الاعتراض على تنفيذ الحكم المعترض عليه:

عالج القانون هذه المسألة من خلال المادة (١١١) والتي جاء فيها **[تقديم**

الاعتراض يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا إذا كان معجل التنفيذ أو حكماً بنفقة].

تقديم الاعتراض يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه لحين انتهاء الدعوىٰ الاعتراضية لان الحق المطلوب اظهاره وتحقيقه قد يضيع بالتنفيذ اذا لم يكن الحم مكتسبا للقطعية لكن يستثنىٰ من هذه القاعدة ما يأتي:

١-الاحكام المعجلة التنفيذ لا تخضع لهذه القاعدة لان الحكم فيها مضمون بالتأمينات النقدية أو بالكفالة

٢-أحكام النفقات كافة سواء للفروع أو الأصول أو الحواشي، لان النفقة بها قوام العيش للمنفق عليه

غياب اطراف الدعوى الاعتراضية:

عالجت ذلك المادة (١١٢) من القانون إذ جاء فيها: [**إذا لم يحضر المعترض أو الطرفان في اليوم المعين للنظر في الاعتراض يرد الاعتراض ولا يقبل مرة أخرىٰ، والحكم الصادر برد الاعتراض يكون قابلاً للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض وفي هذه الحالة تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعترض عليه**].

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-غياب المعترض أو طرفي الخصومة يتوجب رد الاعتراض.

٢-الحكم الصادر برد الاعتراض لا يقبل الاعتراض مرة أخرىٰ ويكون قابلا للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض.

٣-تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعترض عليه فاذا كان صحيحا تصدقه واذا كان غير ذلك تفسخه وتعيده للمحكمة.

٤-لا يحكم برد الاعتراض إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالىٰ وعلىٰ المحكمة تأجيل الجلسة وتبليغ الطرفين موعد الجلسة الجديدة.

عدم حضور المعترض الدعوى الاعتراضية:

عالجت هذه المسألة المادة (١١٣) من القانون إذ جاء فيها:

[**إذا لم يحضر المعترض عليه في اليوم المعين رغم تبليغه حسب الأصول تقرر المحكمة بناء علىٰ طلب المعترض السير في الدعوىٰ الاعتراضية بحق المعترض عليه غيابيا، وقبول الاعتراض إذا ظهر لها أنه قدم ضمن المدة القانونية، وتنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر قرارها برد الاعتراض، أو فسخ الحكم الغيابي وإبطاله أو تعديله أو تأييده، علىٰ أن يكون للمعترض عليه الحق في استئناف هذا القرار من تاريخ تبليغه إياه**].

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-إذالم يحضر المعترض عليه في اليوم المعين رغم تبليغه موعد جلسة الاعتراض حسب الأصول تقرر المحكمة محاكمة المعترض عليه غيابيا بناء علىٰ طلب المعترض.

٢-علىٰ المحكمة قبول الاعتراض شكلا إذا قدم ضمن المدة القانونية.

٣-علىٰ المحكمة أن تنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد قبوله ذلك إما:

أ- رد الاعتراض إذا تبين أن الأسباب التي ساقها غير صحيحة، وغير مقبولة وتؤيد المحكمة الحكم الغيابي إن ظهر ان المعترض غير محق في دعواه أو لم يبنىٰ علىٰ أسباب صحيحة.

ب-أو بفسخ الحكم الغيابي وإبطاله، إذا كان تبين أن الأسباب التي ساقها المعترض صحيحة ومقبولة، كأن يكون تبليغ المعترض غير صحيح، وعندئذ تسير المحكمة في الدعوىٰ من جديد.

ج-أو تعديله. أي تعدل المحكمة الحكم الغيابي كله أو بعضه إن كان مما يتجزأ إن ظهر أن المعترض محقا في دعواه.

د-يكون للمعترض عليه الحق في استئناف الحكم من تاريخ تبليغه إياه.

تبليغ الحكم أو القرار الغيابي:

بينت هذه المسألة **المادة (١١٤) من القانون فجاء فيها: [إذا لم يبلغ الحكم أو القرار الغيابيان إلىٰ المحكوم عليه خلال سنة من تاريخ صدوره يصبح ملغيا إلا في الأحوال التالية:**

١-إذا راجع المحكوم له المحكمة ودفع الرسم القانوني للتبليغ خلال مدة السنة ومضت المدة قبل ان تنتهي معاملة التبليغ.

٢-إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالىٰ].

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-يلغىٰ الحكم الغيابي تلقائيا بمرور سنة عليه دون تبليغه، ولا حاجة لإقامة دعوىٰ بهذا الخصوص، ولا بد من الإشارة في سجل الاحكام الىٰ ذلك.

٢-إجراءات التبليغ هنا من واجب المحكمة، اذ ان دور صاحب الدعوىٰ ان يقوم بدفع رسم تبليغ الحكم، فلا يعاقب بتخلف المحكمة عن واجبها بإلغاء الحكم في حقه.

٣-الحكم الساري علىٰ الغير كما في دعوىٰ دين علىٰ تركة وكان الحكم علىٰ احد الورثة حكما علىٰ الباقين، اثره تبعي، فان الغي الحكم، الغي السريان علىٰ باقي الورثة في حال مضي سنة دون تبليغ المدعىٰ عليه الحكم.

المطلب الثالث
مواصفات الحكم

١- يكون الحكم مكتوبا ومؤرخا وموقعا من القاضي وعلىٰ القاضي ان يدرج في

متن القرار علل الحكم وأسبابه والنصوص التي استند إليها.[1]

٢- ينظم الإعلام مشتملا علىٰ اسم القاضي والفرقاء وموضوع الدعوىٰ والأسباب الثبوتية، والقرار يكون مؤرخا بتاريخ صدوره وموقعا من القاضي ومختوما بخاتم المحكمة الرسمي ويجب إعطاء صورة عنه خلال عشرة أيام من تاريخ طلبه خطيا علىٰ أن تعد المحكمة سجلا خاصا لقيد الطلبات.[2]

المادة (١٠٥) من القانون:

[نصت هذه المادة علىٰ أن حكم المحاكم الشرعية مرعي جاء فيها [الاحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية مرعية ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف الشرعية، أو تنقض من المحكمة العليا الشرعية مع مراعاة أحكام المادة (١١٤) من هذا القانون].

المقصود بكلمة مرعية أي معتبرة، والحالات الثلاث التي تبطل الحكم:

١-الفسخ استئنافا.

٢-النقض من المحكمة العليا الشرعية.

٣-الإلغاء إذا كان الحكم غيابيا ومر عليه سنة ولم يبلغ.

يستثنىٰ حكم بالنفقة من حالتي الفسخ استئنافا من محكمة الاستئناف الشرعية، ونقضا من المحكمة العليا الشرعية، فلا يبطل اعتباره، ولا يلغىٰ إلا بصدور حكم آخر، لأن حكم النفقة له صفة خاصة يعالج موضوعا خاصا، لأنه مما تقوم به الحياة، ولأنه ليس من العدل أن يترك الشخص إلىٰ مصيره دون القيام علىٰ نفقاته، فكانت حماية المحكوم له أولا بالرعاية.

---

١) انظر المادة (١٠٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) انظر المادة مائة وأربعة من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦




الفصل الثامن

طرق الطعن في الأحكام




يهدف القانون إلىٰ توفير الاستقرار في المراكز القانونية، وهذا الاستقرار لا يتحقق بالنسبة للمراكز التي صدر بشأنها الحكم إلا إذا اكتسب الحكم حصانة تحول دون تعديله أو إلغائه، بحيث يوضع حد للنزاع فلا يطول به الأمد إلىٰ غير نهاية. لذا يلزم عدم المساس بالأحكام بعد صدورها، غير أنه يلاحظ من ناحية أخرىٰ أن القضاة بشر غير معصومين، لذا قد يشوب أحكامهم خطأ في القانون أو في تقدير الوقائع، ومن ثم يلزم تصحيح الخطأ وتطبيق القانون تطبيقا سليما كلما أمكن ذلك. وهذا يقتضي إيجاد وسيلة لمراقبة صحة الأحكام ومراجعتها لتعديل غير الصحيح منها أو إلغائه.

واستجابة لهذين الاعتبارين نظم المشرع وسائل قانونية ترمي إلىٰ إتاحة الفرصة للخصوم لكي يطلبوا من القضاء أن يعيد النظر في المنازعة، فحدد طرقا للطعن في الأحكام بإجراءات ومواعيد محددة، وهذه الوسائل أو الطرق هي ما اصطلح علىٰ تسميته بطرق الطعن في الأحكام. فإذا ما استنفذت هذه الطرق، أو انقضت المواعيد دون طعن في الحكم، عد في نظر المشرع عنوانا للحقيقة وللصحة وأغلق كل سبيل لإعادة النظر فيه.

ويستلزم الطعن وجود حكم، فإذا كان الحكم منعدما لنقص ركن من أركانه، فإنه لا يلزم الطعن فيه، بل يكفي أنكاره والتمسك بعدم وجوده أو المنازعة في تنفيذه.

وتقسم طرق الطعن في الأحكام إلىٰ نوعين، طرق عادية وهي الاعتراض والاستئناف.[1]

وطرق غير عادية وهي إعادة المحاكمة. أما اعتراض الغير الخارج عن الخصومة علىٰ الحكم الصادر فيها فلم يعتبره المشرع طريقا من طرق الطعن بحيث

---

١) رزق الله أنطاكي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٣/ ١٩٩٤، ص ٧٠٣

تطبق بصدده القواعد العامة في الطعن، وإنما اعتبره تظلما من نوع خاص.

وللتفرقة بين طرق الطعن العادية وغير العادية أهمية من الناحية العملية وهي الآتية:

١-لم يحصر القانون أسباب الطعن بطريق عادي، فيجوز سلوكه أيا كان نوع العيب المنسوب إلىٰ الحكم، بينما لا يجوز سلوك طرق الطعن غير العادية إلا لأسباب معينة حصرها القانون. فقد حدد المشرع أسبابا معينة لجواز الطعن في الحكم بطريق النقض أو إعادة المحاكمة، فإذا لم يبن الطاعن طعنه علىٰ سبب من هذه الأسباب رفض شكلا ولو كان الحكم مشوبا بعيوب أخرىٰ.

٢-الطعن في الحكم بطريق عادي يطرح موضوع الخصومة التي صدر فيها الحكم من جديد أمام المحكمة، أما الطعن بالطرق غير العادية فلا يطرح مباشرة إلا العيوب التي استند إليها الطاعن في طعنه.

٣-الأصل أن يبدأ الطاعن فيستنفذ طرق الطعن العادية؛ ثم يباشر الطرق غير العادية. فإذا كان الحكم قابلا للطعن بالاستئناف ومشوبا بعيوب تجيز الطعن فيه بطريق غير عادي، علىٰ الطاعن أن يبدأ أولا بمباشرة الطعن العادي (الاستئناف)؛ ثم بعد صدور الحكم في الموضوع علىٰ غير ما يريد يكون له الطعن بالنقض أو إعادة المحاكمة حسب الحال.

المبحث الأول
القواعد العامة للطعن في الأحكام

يشترط في الطاعن حتىٰ يقبل طعنه ما يأتي:

أولا: أن يكون ذا صفة بأن يكون طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم

بأن يكون الخصم طرفا فيها بشخصه أو بمن يمثله، فالحكم لا يحوز الحجية ولا يحتج به إلا بين الخصوم في الدعوىٰ التي صدر فيها الحكم، لذلك لا يحق للغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم الطعن فيه، لأنه لا يؤثر علىٰ حقوقه ولا يحتج به عليه، فلا يقبل الطعن من أب في حكم صدر علىٰ ابنه؛ أو من أخ في حكم صدر علىٰ أخيه؛ ما دام أنه لا صفة له في تمثيله، وحيث إن أثر الحكم يمتد إلىٰ خلف أطراف الخصومة، سواء كان خلفا عاما أم خلفا خاصا، فإنه إذا انتقل الحق المتنازع عليه إلىٰ الخلف بعد صدور الحكم علىٰ السلف، يكون للخلف الطعن في الحكم الصادر علىٰ سلفه، ويجب أن يرفع الطعن باسم الخلف الذي آل إليه الحق المتنازع عليه مثل المشتري للعين أو الموهوب له أو الوارث.

ثانيا: أن يختصم (بتقديم طعنه) بنفس الصفة التي اتصف بها في الخصومة التي صدر فيها الحكم، وإلا كان خصما آخر فلا يقبل طعنه

فإذا طالب المدعي بالمدعىٰ به لنفسه، بصفته خصما أصليا يجب أن يطعن في الحكم بهذه الصفة؛ ولا يجوز له الطعن في الحكم بالاستئناف بصفته نائبا عن صاحب الحق أو وصيا أو وليا عليه. وإذا كانت صفته أنه ممثل قانوني عن أحد الخصوم يجب أن يطعن في الحكم بهذه الصفة ولا يجوز له أن يطعن فيه بصفته خصما أصليا، وإلا رفض طعنه لعدم توافر الصفة فيه.[1]

---

١) د رزق الله أنطاكي، ص ٧٣٤



ثالثا: أن تكون للطاعن مصلحة في طعنه

الشخص الذي يحق له الطعن في الحكم هو الشخص المتضرر من الحكم، ولا يعتبر متضررا إلا إذا كان الضرر ناشئا عن منطوق الحكم لا عن أسبابه، لأن منطوق الحكم هو وحده الذي يقبل التنفيذ. فإذا صدر الحكم لمصلحة خصم وقضىٰ له بكل طلباته، لا يجدي الطعن عليه من جانب هذا الخصم بمقولة أنه قد أغفل سماع شاهد أو أغفل الإشارة إلىٰ مستند معين، أو أغفل دفعا تقدم به، أو أخطأ في رفض دفع تقدم به.

رابعا: ألا يكون الطاعن قد قبل الحكم صراحة أو ضمنا أو أسقط حقه أمام المحكمة إسقاطا مبرئا لذمة الخصم

إذا صدر الحكم وأودعت مسودته في ملف الدعوىٰ، وتفهمه المحكوم عليه أو تبلغه وقبله صراحة أو ضمنا فإن ذلك يعني سلامة هذا الحكم وصحة ما قرره، فلا يجوز بعد ذلك لمن قبله أن يطعن فيه. والقبول قد يكون صريحا، بإعلان إرادة صريحة من جانب القابل بعدم الرغبة في الطعن، وصور إيقاعه متعددة، وللمحكمة سلطة مطلقة في تقدير وقوعه أو عدم وقوعه. كما قد يكون القبول ضمنيا، بتنفيذ الحكم اختياريا ولو لم يكن واجب التنفيذ، أما مبادرة المحكوم عليه بتنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل، فلا يعتبر قبولا لأنه نفذه ليتفادىٰ التنفيذ الجبري عليه، كما أن قبول الحكم من أحد المحكوم عليهم لا يمنع الباقين من الطعن فيه، فالرضا بالحكم من جانب أحد المحكوم عليهم لا ينتج أثره بالنسبة للباقين.

ومتىٰ تم القبول، صريحا أو ضمنيا، كليا أو جزئيا، وقع باتا لا يجوز العدول عنه، ويتحصن به الحكم من الطعن أيا كان وجه النعي أو سبب البطلان.[1]

---

١) د أحمد هندي ص ٩٧٣ ود. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ص ٨١٥ و ٨١

المبحث الثاني

الاستئناف

الاستئناف طريق عادي للطعن في الأحكام التي تصدر من محاكم الدرجة الأولىٰ؛ عملا بمبدأ التقاضي علىٰ درجتين. ويقصد منه إتاحة الفرصة لمن صدر ضده الحكم من أول درجة؛ أن يعيد طرح النزاع مرة ثانية أمام محكمة أعلىٰ درجة وأكثر خبرة من المحكمة التي أصدرت الحكم لإعادة الفصل في ذات النزاع مرة ثانية، لذلك لا يجوز كقاعدة عامة طرح طلبات جديدة لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية.

ولا ينحصر دور الاستئناف في مراقبة صحة الحكم الصادر من محكمة أول درجة، بل يؤدي إلىٰ إعادة طرح القضية أمام محكمة الدرجة الثانية للفصل فيها من جديد، ويعطي قاضي الاستئناف كافة سلطات قاضي أول درجة حتىٰ يتمكن من فحص النزاع مرة ثانية، بحيث يكون لمحكمة الاستئناف إعادة الفصل في ذات النزاع الذي فصلت فيه محكمة أول درجة وإنهاء النزاع من حيث الوقائع والقانون، لذلك لا يجوز الاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية إلا مرة واحدة.

المطلب الأول

معنى الاستئناف

هو إعادة النظر في الخصومة من جديد. ومن نصوص الفقهاء الواردة في ذلك:

❖ **نصوص الحنفية:**

«قضىٰ بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لم يلزمه».[١]

---

١) الدر المختار ٥/ ٥١٧



وشرحه في رد المحتار بقوله «قوله لم يلزمه: أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به».(١)

«إذا ادعىٰ المحكوم عليه بأن الحكم الذي لحق في حق الدعوىٰ ليس موافقا لأصوله المشروعة وبين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوىٰ فيحقق الحكم المذكور فإن كان موافقا لأصوله المشروعة يصدق وإلا يستأنف».(٢)

ولقد أشار قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لعام ١٩٧٢ وتعديلاته إلىٰ أنه تشكل محكمة استئناف شرعية في كل من عمان والقدس واربد ومعان أو أي مكان آخر يقرره المجلس ويعين رئيس لها ونائب له وعدد من القضاة ويحدد الاختصاص المكاني لأي منها بموجب نظام يصدر لهذه الغاية.(٣)

وتنعقد هيئة الحكم في محكمة الاستئناف الشرعية من رئيس وعضوين ويجوز تشكيل أكثر من هيئة في المحكمة الواحدة علىٰ أن يكون أقدم القضاة فيها رئيسا لها وتصدر أحكامها وقراراتها بالإجماع أو بالأكثرية.(٤)

المطلب الثاني
صلاحية محكمة الاستئناف

بينت المادة (١٣٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ١٩لعام ١٩٧٢وتعديلاته صلاحية محكمة الاستئناف إذ نصت المادة المذكورة علىٰ

---

١) رد المحتار ٥/ ٣٧٦

٢) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٨٣٨انظر درر الحكام ٤/ ٦٣١

٣) انظر الفقرة (١/ ب) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩لعام ١٩٧٢وتعديلاته

٤) انظر الفقرة (٢/ ب) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩لعام ١٩٧٢وتعديلاته

[لمحكمة الاستئناف الشرعية صلاحية الفصل في الأحكام المستأنفة الصادرة من المحاكم الشرعية الابتدائية].

فلكل واحد من الخصوم حق التظلم من القرارات الصادرة أثناء السير في موضوع الدعوىٰ، وللمحكمة المتظلم أمامها القرار فيما إذا كان هذا التظلم مقبولا أم مرفوضا.

والمقصود بالأحكام هنا: الاحكام الفاصلة في موضوع الدعوىٰ.

ويعد من هذه الاحكام: الاحكام المعجلة التنفيذ.

والاحكام المستأنفة نوعان:

أحكام تستأنف من الخصوم. وأحكام تستأنف بموجب أحكام القانون.

المطلب الثالث

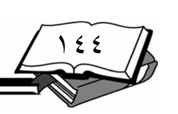
مدة الاستئنناف

بينت المادة (١٣٦) قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ١٩ لعام ١٩٧٢ وتعديلاته المدة التي قررها القانون للاستئناف حيث جاء فيها:

١-مدة الاستئناف للأحكام المنهية للخصومة ثلاثين يوما تبتدئ من تاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهيا ومن تاريخ تبليغ الحكم إلىٰ المستأنف إذا كان غيابيا أو غيابيا بالصورة الوجاهية، ويسقط من المدة اليوم الذي صدر فيه الحكم أو جرىٰ فيه التبليغ كما تسقط أيام العطل الرسمية إذا وقعت في نهاية مدة الاستئناف للأحكام المنهية للخصومة.

٢- يجوز استئناف الحكم الغيابي أو الغيابي بالصورة الوجاهية قبل تبليغه ويعتبر ذلك تبليغا علىٰ أن يشفع الاستئناف بإعلام الحكم المستأنف.

٣-إذا كان الفريق الراغب في الاستئناف قدم استدعاء يطلب فيه إصدار قرار بتأجيل دفع رسوم الاستئناف فالمدة التي تبتدئ من يوم تقديم الاستدعاء وتنتهي في يوم



إبلاغه القرار الصادر بشأن استدعائه لا تحسب من المدة المعينة للاستئناف.

والمثال التالي يبين ذلك:

تتضح الفقرة (٣) من المادة السابقة: مثلا صدر الحكم بتاريخ ٢٠ / ٣/ ٢٠١٨ تاريخ انتهاء استئنافه١٩/ ٤/ ٢٠١٨ طلب تأجيل دفع الرسوم ١/ ٤/ ٢٠١٨ بلغ القرار تاريخ ٥/ ٤ ٢٠١٨ فيصبح تاريخ انتهاء استئنافه يوم ٢٤/ ٤ ٢٠١٨ فالفترة الموضوع تحتها خط في المثال السابق لا تحتسب من مدة الاستئناف على الحكم.

وإذا ظهر للمحكمة قبل إعطاء القرار أن الرسم كان ناقصا فلها أن تقرر إمهاله مدة مناسبة لاستكمال الرسم القانوني، فإذا لم ينفذ القرار خلالها ردت الاستئناف قبل النظر في موضوع الدعوى.

والمقصود بالمحكمة في هذه الفقرة هي محكمة الاستئناف الشرعية.

المطلب الرابع
أنواع الاستئناف

أولا: الاستئناف الجوازي

لقد بينت المادة (١٣٧) من القانون الاحكام والقرارات التي يجوز استئنافها وهي:

أ-يجوز استئناف الأحكام المنهية للخصومة، ولا يقبل الطعن على القرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم الفاصل في الدعوى ويستثنى من ذلك ما يلي:

١- قرارات الاختصاص الوظيفي والمكاني والدولي والقانون الواجب التطبيق والدفع بان القضية مقضية ومرور الزمن والإحالة.

٢- قرارات إلقاء الحجز التحفظي، أو رفعه، وإجراء الفحص بالوسائل العلمية في إثبات النسب ونفيه، والإمهال للعنة والجنون، ومنع السفر، والقرارات المعجلة

التنفيذ.

٣-قرارات وقف الدعوىٰ وإسقاطها، والتدخل والإدخال، وعدم قبول الدعوىٰ المتقابلة.

٤-قرارات تصفية التركة أو إي جزء منها، وتقسيمها أعيانا بين الورثة، وقسمة الديون التي عليها قسمة غرماء، وإدارة المشاريع الموروثة، أو وقف العمل فيها، وتأجير الحصص الارثية أو تضمينها الصادرة في تحرير وتصفية التركات.

٥-تنظر محكمة الاستئناف الشرعية في الطلبات والطعون علىٰ الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الابتدائية وفقا لقانون أصول المحاكمات الشرعية وقانون التنفيذ الشرعي.[١]

❋ مدة الاستئناف في القرارات المذكورة:

ب-تكون مدة الاستئناف في القرارات المذكورة خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تفهم القرار أو التبليغ حسب مقتضىٰ الحال، وللمستأنف عليه أن يقدم لائحة جوابية خلال خمسة أيام من تاريخ تبلغه الاستئناف، وتفصل محكمة الاستئناف المختصة في الطعن المقدم إليها تدقيقا إلا إذا رأت نظرها مرافعة ويكون قرارها في الحالين قطعيا.[٢]

❋ القرار الصادر من محكمة الاستئناف بحق بهذه القرارات المستأنفة استقلالا قرار قطعيا، لا يقبل الطعن أمام المحكمة العليا الشرعية استقلالا ولو بإذن، ولكنها تقبل الطعن تبعا إذا كان الحكم مطعون به قابل للطعن أمام المحكمة العليا أو قُبِل الطعن به أمام المحكمة العليا الشرعية.

---

١) انظر الفقرة (٣/ ب) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩لعام ١٩٧٢وتعديلاته

٢) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة وسبعة وثلاثين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦



ج- استئناف القرارات المذكورة في البند (٤) من الفقرة (أ) من هذه المادة، وقرارات رفع الحجز التحفظي، وإجراء الفحص بالوسائل العلمية في إثبات النسب ونفيه، يعلق سريانها إلىٰ أن تبت محكمة الاستئناف فيه.[١]

الملاحظ علىٰ القرارات المستأنفة استقلالا إنها علىٰ نوعين:

١-ما يتوقف عليها إجراء لاحق، علىٰ المحكمة أن تتوقف عن السير في الدعوىٰ وإصدار أي قرار لاحق لحين البت فيها من محكمة الاستئناف.

٢-ما هو تدبير احترازي من أجل حفظ حقوق الخصوم، وهذه تكمل المحكمة السير في إجراءات الدعوىٰ حتىٰ لو تم الفصل فيها، فلا أثر له أصلا في القرار الفاصل للدعوىٰ علىٰ أي وجه كان

فالمعيار في توقف المحكمة عن السير في إجراءات الدعوىٰ هو طبيعة هذا القرار بحسب النوعين السابقين.

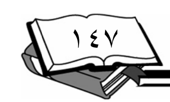
* **قرار منع السفر ونحوه لا يتوقف صحة ونفاذ القرار علىٰ تبليغه، مع أن الأولىٰ تبليغه**، كون هذا القرار تدبير احترازي لغاية الوصول إلىٰ القرار الفاصل في الدعوىٰ، فإذا كان موافقا للحق فسيتخذ بحقه إجراء بعد مضي عشرة أيام، فإن كان غير موافق للحق وأشار مقدم الاستئناف إلىٰ عدم قانونية قرار منع السفر فتصدر المحكمة قرارها بفسخ القرار.

ثانيا: الاستئناف الوجوبي

وهي الاحكام التي ترفع لمحكمة الاستئناف بموجب القانون ولو لم يستأنفها أحد من الخصوم، وتنظرها محكمة الاستئناف تدقيقا، وهي التي أشارت اليها المادة (١٣٨) من القانون وهي:

---

١) انظر الفقرة (ج) من المادة مائة وسبعة وثلاثين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦



أ-ترفع المحاكم الابتدائية الشرعية إلىٰ محكمة الاستئناف الشرعية الأحكام المبينة أدناه بعد مضي ثلاثين يوما من صدور الحكم لنظرها تدقيقا وهي أربعة وعشرون حكما مفصلة حسب الآتي:

١-الأحكام الصادرة علىٰ القاصرين وفاقدي الأهلية وعلىٰ الوقف وأحكام النسب والحجر والدية:

-**أحكام النسب**: إثبات النسب ونفيه.

-**الحجر**: المقصود به ثبوت الحجر أما دعوىٰ رفع الحجر فلا تشملها بس هذه المادة لأن رفع الحجر وإثبات أهلية لأن القانون دأب علىٰ ذكر رفع الحجر عند ذكر الحجر في الإجراءات الخاصة بالموضوع الحجر.

٢-أحكام فساد الزواج وبطلانه واثبات الزواج واثبات الطلاق وإبطاله والرضاع المانع للزوجية والإمهال للعنة والجنون والتفريق بين الزوجين للردة وإباء الإسلام والايلاء والظهار والفقد واثبات الرجعة وإبطالها واثبات الفقد والغياب والحكم بموت المفقود.

إن ردت الدعوىٰ لعدم صحتها فلا ترفع للاستئناف، أما إن ردت لأمر في موضوع الدعوىٰ فترفع إلىٰ محكمة الاستئناف.

٣-الأحكام الغيابية بالتفريق بين الزوجين لأي سبب من أسباب التفريق.[1]

ويشترط في الإحكام المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة أن لا يكون الخصوم قد استأنفوا هذه الأحكام خلال المدة المحددة وفصلت محكمة الاستئناف

١) انظر المادة مائة وثمانية وثلاثين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

في موضوعها.[١][٢]

المادة (١٣٩)

الأحكام الواجبة الرفع إلىٰ محكمة الاستئناف وفقا لأحكام المادة (١٣٨) من هذا القانون:

أ-لا تنفذ إلا بعد تصديقها استئنافا.

ب-تكون هذه الأحكام معفاة من الرسوم الاستئنافية والطوابع].[٣]

المطلب الخامس

طريقة تقديم الاستئناف

المادة (١٤٠)

١-للمستأنف أن يقدم إلىٰ محكمة الاستئناف الشرعية المختصة مباشرة أو بواسطة المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم المستأنف لائحة الاستئناف ونسخا منها بعدد المستأنف عليهم، مرفقا بها إعلام الحكم، أو القرار المستأنف، وبعد استيفاء الرسم يسجل الاستئناف لدىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم، وتبلغ المحكمة اللائحة إلىٰ المستأنف عليه.[٤]

---

١) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة وثمانية وثلاثين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة وثمانية وثلاثين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر المادة مائة وتسعة وثلاثين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٤) انظر الفقرة (أ) من المادة مائة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

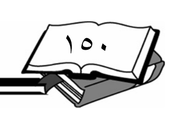
* **إن قدم الاستئناف لمحكمة استئناف غير مختصة مكانيا،** فإن محكمة الاستئناف غير المختصة تقرر رد الاستئناف شكلا، ولا تقرر الإحالة لتقديمه للجهة غير المختصة، وهنا يلاحظ أن الحق الشخصي في الاختصاص المكاني أصبح من حق المحكمة (القانون) التعرض له دون طلب الخصوم، وهذا الحكم مستقل في هذه الجزئية، وآثر ذلك أنه إذا سرت مدة الاستئناف الخاصة بالحكم قبل تقديمه إلىٰ محكمة الاستئناف المختصة، فقد المستأنف حقه في الاستئناف، فالاستئناف لدىٰ الجهة الخاطئة لا يقطع مدة الاستئناف.

***إن تقدم المستأنف بالطعن علىٰ قرار محكمة الاستئنافية،** في هذه الحالة فلا تملك المحكمة العليا الشرعية الوصول إلىٰ أصل الموضوع ابتداء، وإنما تحصر نطاق بحثها في مدىٰ مطابقة قرار محكمة الاستئناف الشرعية لقواعد الاختصاص المكاني، وهنا لا تملك إلا أن تفسخ أو تصدق، فإن صدقت قرار الرد شكلا ينظر:

١-إن بقي من مدة الاستئناف وقت فيحق للمستأنف تقديم استئناف إلىٰ المحكمة المختصة.

٢ -إن لم يبق من مدة الاستئناف وقت فلا يملك المستأنف حق الاستئناف، وإن تقدم بالطلب فعلا أمام المحكمة المختصة بموجب نص القانون، ولا تملك محكمة الاستئناف سوىٰ رد الاستئناف شكلا لمرور المدة القانونية.

***إن قدم الطلب إلىٰ محكمة الاستئناف المختصة مباشرة بدون وساطة المحكمة الابتدائية،** ينبغي علىٰ محكمة الاستئناف أن تبادر إلىٰ تبليغ المستأنف عليه بالاستئناف، فلو طرح المستأنف عليه الحكم الصادر في الدعوىٰ لدىٰ التنفيذ، وأبرز المستأنف يدفع طلب التنفيذ بأن هذا الحكم مستأنف وليس قطعيا ويبرز مشروحاته، والأصل أن تتوقف أحكام التنفيذ إلىٰ حين صدور قرار محكمة



الاستئناف في الحكم، ولكن يدخل الحكم حيز التنفيذ، فإن صدقت محكمة الاستئناف الحكم يسارع في طلب تنفيذ الحكم، وإن عدلته أو فسخته فلا حاجة إلىٰ ملف تنفيذي جديد بل يعدل الحكم التنفيذي، ولكن إن حكم برد الحكم فيرد طلب التنفيذ.(١)

٢-للمستأنف عليه أن يقدم لائحة جوابية خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه لائحة الاستئناف، فإذا قدمها أو انتهت تلك المدة ولم يقدمها ترسل أوراق الدعوىٰ إلىٰ محكمة الاستئناف.(٢)

* **لا يقبل تقديم لائحة جوابية علىٰ الاستئناف بعد مضي عشرة أيام**، وفي حال قدمت اللائحة الجوابية بعد عشرة أيام فلا عبرة لها ولا يؤخذ بها، فإذا لم ترسل أوراق الدعوىٰ إلىٰ محكمة الاستئناف بعد مضي عشرة أيام فهذه مخالفة مسلكية لا يترتب عليه البطلان.

صور الاستئناف ثلاثة:

الاستئناف الأصلي:

هو الذي يقوم فيه المحكوم عليه بالطعن في الحكم من البداية في مواجهة الخصم

الاستئناف المقابل:

هو الذي يكون في الحالات التي يتحقق فيها لكل من الطرفين صفة المحكوم له والمحكوم عليه وقام احد الطرفين برفع استئناف فانه يجوز للطرف الآخر رفع استئناف مقابل.

---

١) طوالبه، د منصور، محاضرات القيت علىٰ طلبة المعهد القضائي

٢) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦



الاستئناف التبعي:

إذا كان لكل من الطرفين صفة المحكوم له والمحكوم عليه في حكم أول درجة ولم يقم احد الطرفين بالطعن بالاستئناف أو قبل حكم أول درجه ثم فوجئ بقيام الطرف الأخر باستئناف الحكم في هذه الحالة يجوز للطرف الذي فات عليه ميعاد الطعن أو قبل أن يرفع استئناف فرعىٰ علىٰ الرغم من عدم أحقيته في رفع استئناف لفوات ميعاد الطعن.

الفرق بين الاستئناف التبعي والمقابل:

❋الاستئناف المقابل يرفع في الميعاد من شخص لم يسبق له قبول الحكم، أما الاستئناف الفرعي يجوز رفعه ممن سبق له قبول الحكم أو ممن انقضىٰ ميعاد الطعن بالنسبة له.

❋الاستئناف التبعي يتبع الاستئناف الأصلي وجودا وعدما فان زال الاستئناف الأصلي لأي سبب من الأسباب زال معه الاستئناف التبعي وذلك خلافا للاستئناف المقابل فله كيانه المستقل ولا يزول بزوال الاستئناف الأصلي.

وقد بين القانون ذلك من خلال **المادة (١٤١) قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ١٩لعام ١٩٧٢ وتعديلاته والتي جاء فيها:**

أ-يجوز للمستأنف عليه أن يقدم استئنافا إما بالإجراءات المعتادة أو بمذكرة مشتملة علىٰ أسباب استئنافه. ويعتبر الاستئناف أصليا إذا رفع في ميعاد الاستئناف، واستئنافا تبعيا إذا رفع بعد الميعاد، أو كان رافعه قد قبل الحكم في وقت سابق، ومدة الاستئناف التبعي عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبلغ لائحة الاستئناف الأصلي.

❋ **ضابط الاستئناف التبعي:** أن يقدم بعد الميعاد المقرر وفي مقابله استئناف قدم ضمن ميعاده المقرر.

* إن فصلت محكمة الاستئناف في الاستئناف الأصلي بعد مرور ٢٠ يوما من تاريخ صدور الحكم ولم تنتهِ مدة الاستئناف التبعي الخاصة بالمستأنف عليه، على المحكمة أن تمتنع عن نظر الدعوى (مرافعة أو تدقيقا) لحين مضي مدة الاستئناف التبعي.
* يصح تقديم الاستئناف الأصلي من غير رسوم، والاستئناف التبعي لا يصح تقديمه من غير المستأنف عليه، ويقدم خارج مدة الاستئناف.

ب-يتبع الاستئناف التبعي الاستئناف الأصلي، ويسقط إذا تنازل المستأنف عن استئنافه، أو حكم بعد قبول الاستئناف الأصلي شكلا، أما الاستئناف الأصلي فلا يزول بزوال الاستئناف التبعي أيا كانت الطريقة التي رفع بها.

من خصائص الاستئناف التبعي:

١-إذا تراجع المستأنف عن استئنافه الأصلي يسقط الاستئناف التبعي تلقائيا ولا يشترط ذكر أسباب التراجع لأنه حق شخصي.

٢-وإذا قررت محكمة الاستئناف رد الاستئناف شكلا قبل الدخول في الموضوع يسقط الاستئناف التبعي.

ج-يجوز لفريقين أو أكثر في الدعوى أن يشتركوا في استئناف واحد.

د- يجب أن تتضمن لائحة الاستئناف الأمور التالية:

١- اسم المستأنف ووكيله وعنوانه.

٢- اسم المستأنف عليه ووكيله وعنوانه.

إن خلو لائحة الاستئناف من اسم المستأنف أو المستأنف عليه أو أورد بشكل خاطئ فهذا يسبب البطلان، ويرد الاستئناف شكلا، بخلاف ما إذا لم يورد عنوانه أو اسمه وكيله، مع أن الأصل إيراده.

٣- اسم المحكمة التي أصدرت الحكم المستأنف ورقمه وتاريخه ورقم الدعوىٰ التي صدر فيها.

خلو أي عنصر من هذه العناصر يوجب البطلان، وبالتالي رد الاستئناف شكلا.

٤-ذكر جميع أسباب الاستئناف في اللائحة بصورة واضحة وخالية من التكرار، وفي بنود مستقلة ومرقمة بأرقام متسلسلة.

❋-أفاد صدر المادة بذكر جميع أسباب الاستئناف، الحصر، لأنه لا يحق للمستأنف إضافة أي أسباب جديدة.

❋-جميع العناصر الواردة هنا دلالاتها إرشادية أكثر منها وجوبية.

❋-التكرار لا يوجب البطلان لكن يفيد أن السبب المكرر لغو فلا يلتفت إليه.

٥- الطلبات وتوقيع اللائحة.[١]

❋-لا بد ذكر الطلبات حتىٰ تتضح أمام محكمة الاستئناف.

❋- إذا خلت اللائحة عن التوقيع فالاستئناف مردود وشكلا.

وفاة المحكوم عليه خلال مدة الاستئناف:

بينت المادة (١٤٢) من القانون حكم هذه المسألة فجاء فيها:

[إذا توفي المحكوم عليه خلال مدة الاستئناف يبلغ إعلام الحكم إلىٰ ورثته وإلىٰ وصي الأيتام وتبدأ مدة الاستئناف من تاريخ هذا التبليغ].[٢]

❋-إذا توفي المحكوم عليه خلال مدة الاستئناف فالأصل أن يبلغ الحكم إلىٰ الورثة.

❋-في حال لم يتبلغ الورثة بالاستئناف وتبلغوا بعد مضي أربع سنوات مثلا فلا يسري التقادم علىٰ هذه الحالة، لأن العبرة هنا بتاريخ التبليغ.

---

١) انظر الفقرة (د) من المادة مائة واحدي وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة واثنين وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

المطلب السادس
القضايا التي تنظرها محكمة الاستئناف مرافعة إذا طلب ذلك الخصم

لقد بينت المحكمة العليا الشرعية من خلال مبدأ من مبادئها الحالات التي يجب علىٰ محكمة الاستئناف نظر الاستئناف مرافعة ومتىٰ يجوز لها نظرها تدقيقا فقررت المبدأ التالي:

[**يجب علىٰ محكمة الاستئناف نظر الطعون المرفوعة إليها مرافعة إذا طلب أحد الخصوم ذلك في الدعوىٰ المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة ١٤٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية فلا تملك نظرها تدقيقا، أما الطعون في الدعاوىٰ الأخرىٰ فلها نظرها تدقيقا ما لم يطلب أحد الخصوم أو النيابة العامة نظرها مرافعة، وفي هذه الحالة يجب علىٰ محكمة الاستئناف إذا رفضت نظر الدعوىٰ مرافعة أن تدرج في قرارها أسباب الرفض**].

ولهذا تنظر محكمة الاستئناف مرافعة في الطعون المقدمة إليها من أطراف الدعوىٰ في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية إذا طلب احد الخصوم نظرها مرافعة في الدعاوىٰ التالية:

١ - إذا كانت قيمة المدعىٰ به سبعة آلاف دينار فأكثر.

٢ - دعاوىٰ النفقات إذا كان المبلغ المحكوم به للزوجة أو المطلقة يزيد عن مائتي دينار شهريا ولأي واحد من الأولاد أو الوالدين أو الأقارب يزيد علىٰ مائة دينار.

٣- دعاوىٰ الوقف وإنشائه واستبداله والنزاع عليه، والتفريق بين الزوجين للردة وإباء الإسلام والفقد وفساد العقد وبطلانه والهبة في مرض الموت والوصايا ونفي النسب وتصحيح التخارج وإبطاله والحجر للسفه.

٤- الدعاوىٰ التي تعاد إليها منقوضة من المحكمة العليا الشرعية.[١]

كما تنظر محكمة الاستئناف مرافعة في الطعون المقدمة إليها في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية غيابيا بالصورة الوجاهية في الدعاوىٰ التي لم يستكمل فيها دوره في تقديم بيناته ودفوعه لأسباب خارجة عن إرادته تقتنع المحكمة بتوافرها.[٢]

مع مراعاة أحكام الفقرتين (أ) و(ب) من هذه المادة تنظر محكمة الاستئناف في الطعون المقدمة إليها في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الابتدائية تدقيقا إلا إذا قررت رؤيتها مرافعة من تلقاء نفسها أو بناء علىٰ طلب الخصوم أو النيابة العامة الشرعية ذلك ووافقت المحكمة علىٰ الطلب وفي حال الرفض عليها أن تدرج في القرار أسباب الرفض ويكون حكمها في الدعوىٰ قطعيا ما لم يأذن رئيس المحكمة العليا الشرعية بالطعن فيها لدىٰ المحكمة العليا الشرعية.[٣]

تنظر محكمة الاستئناف في الطعون علىٰ القرارات الصادرة في القضايا التنفيذية عن رؤساء التنفيذ والتي يجيز قانون التنفيذ الشرعي الطعن فيها بالاستئناف تدقيقاً ويكون الحكم الصادر فيها قطعيا.[٤]

وبعد استيفاء الشروط والأحكام المعينة في هذا القانون لنظر الطعن مرافعة تعين

١) انظر الفقرة (أ) من المادة مائة وثلاثة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة وثلاثة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر الفقرة (ج) من المادة مائة وثلاثة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٤) انظر الفقرة (ج) من المادة مائة وثلاثة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

المحكمة موعدا لسماع الاستئناف وتبلغه إلىٰ الفرقاء.[١]

وتسري علىٰ الاستئناف الأحكام والقواعد والإجراءات المقررة أمام المحكمة الابتدائية سواء تعلق في الإجراءات أو بالأحكام ما لم يقض القانون بغير ذلك.[٢]

لقد بينت المحكمة العليا الشرعية الحالات التي يجب علىٰ محكمة الاستئناف الشرعية نظر الاستئناف مرافعة ومتىٰ يجوز لها نظرها تدقيقا فقررت المبدأ التالي:

يجب علىٰ محكمة الاستئناف نظر الطعون المرفوعة إليها مرافعة إذا طلب أحد الخصوم ذلك في الدعوىٰ المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة ١٤٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية فلا تملك نظرها تدقيقا، أما الطعون في الدعاوىٰ الأخرىٰ فلها نظرها تدقيقا ما لم يطلب أحد الخصوم أو النيابة العامة نظرها مرافعة وفي هذه الحالة يجب علىٰ محكمة الاستئناف إذا رفضت نظر الدعوىٰ مرافعة أن تدرج في قرارها أسباب الرفض.

المطلب السابع
طبيعة الاستئناف

الاستئناف ينقل الدعوىٰ بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف إلىٰ محكمة الاستئناف التي تقصر نظرها علىٰ أسباب الطعن فقط، علىٰ أساس ما قدم لها من بينات ودفوع وأوجه دفاع جديدة، وما كان قد قدم من ذلك للمحكمة الابتدائية، فإذا نظرت محكمة الاستئناف الطعن مرافعة فلا يحق للفرقاء أن يقدموا بينات إضافية كان بإمكانهم تقديمها إلىٰ المحكمة الابتدائية إلا في الحالتين التاليتين:

---

١) انظر الفقرة (ج) من المادة مائة وثلاثة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وأربعة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

١ - إذا كانت المحكمة الابتدائية قد رفضت قبول بينة كان من الواجب قبولها.

٢ - إذا رأت محكمة الاستئناف أن من اللازم إبراز مستند أو إحضار شاهد لسماع شهادته لتتمكن من الفصل في الدعوىٰ فيجوز لها أن تسمح بإبراز مثل هذا المستند لتدقيقه أو إحضار ذلك الشاهد لسماع شهادته.[١]

وعليه فلا تبحث محكمة الاستئناف عند نظر الطعون تدقيقا أية أمور واقعية لم تكن موضوع بحث في القضية المستأنفة.[٢]

ولا يسمح للمستأنف أن يقدم في أثناء المرافعة أسباباً لم يذكرها في اللائحة ما لم تسمح له المحكمة بذلك بناءً علىٰ مسوغات كافية، غير أن المحكمة لا تتقيد عند الفصل في الاستئناف بالأسباب المبينة في لائحة الاستئناف، أو الأسباب الأخرىٰ التي تبسط بإذن المحكمة بمقتضىٰ هذه المادة[٣] وفي جميع الحالات التي تأذن فيها محكمة الاستئناف بتقديم بينات إضافية يترتب عليها أن تسجل في الضبط السبب الذي دعاها لذلك ويتوجب عليها في هذه الحالة أن تسمع البينة بكامل هيئتها.[٤]

المطلب الثامن
نتيجة الاستئناف

أولا: إذا ظهر لمحكمة الاستئناف أن لائحة الاستئناف قدمت ضمن المدة القانونية

---

١) انظر الفقرة (أ) من المادة مائة وخمسة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر الفقرة (ب) من المادة مائة وخمسة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر الفقرة (ج) من المادة مائة وخمسة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٤) انظر الفقرة (د) من المادة مائة وخمسة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

وأنها مستوفية للشروط المطلوبة فلها:

١-أن تؤيد الحكم المستأنف إن كان موافقا للوجه الشرعي والأصول القانونية مع رد الأسباب التي أوردها المستأنف.

٢-إذا ظهر لها أن في الإجراءات والمعاملات التي قامت بها المحكمة البدائية بعض النواقص الشكلية، وان في القرارات التي أصدرتها مخالفة للأصول مما يمكن أن يتدارك بالإصلاح وانه لا تأثير لتلك الإجراءات والأخطاء على الحكم المستأنف من حيث النتيجة وانه في حد ذاته موافقا للشرع والقانون أصدرت قرارها بتأييده ونبهت المحكمة البدائية.

٣-إذا كانت النواقص والأخطاء الواقعة في إجراءات القضية مما لا يمكن تداركه بالإصلاح أو كان الحكم في حد ذاته مخالفا للوجه الشرعي والقانوني فسخت الحكم المستأنف أو عدلته.[١]

ثانيا: يرد الاستئناف إذا لم يقدم في الميعاد المقرر.[٢]

ثالثا: في حالة فسخ الحكم المستأنف كله أو بعضه كما ورد في المادة ١٤٦ وكانت القضية صالحة للفصل تكمل محكمة الاستئناف المحاكمة من الجهة التي فسخت الحكم بسببها وتتم الإجراءات ومن ثم تحكم في أساس القضية أو تعدل حكم المحكمة البدائية دون أن تعيد القضية إلى المحكمة المذكورة إلا إذا كانت هناك أسباب ضرورية أو كان القرار المستأنف مما ورد في المادة (١٣٧) من هذا القانون[٣] إلا أن هناك مبدأ جديدا صدر عن المحكمة العليا الشرعية

---

١) انظر المادة مائة وستة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وسبعة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦

٣) انظر المادة مائة وثمانية وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦

ومحتواه: أن محكمة الاستئناف الشرعية إذا قررت أن تفصل في الدعوىٰ من قبلها وجب عليها أن تستدعي الخصوم وتعقد جلسة ومن خلال هذه الجلسة تصدر قراراها.

رابعا: إذا فسخ الحكم وأعيدت القضية إلىٰ المحكمة الابتدائية لسماعها مجددا أو إتمام إجراءاتها:

أ-تستدعي المحكمة البدائية الطرفين خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية إليها وعند السير في المحاكمة يتبع القاضي ما جاء بقرار الفسخ ويتم إجراءات القضية.

ب-في حالة إصرار القاضي البدائي علىٰ قراره واستئناف الحكم ثانية تدقق محكمة الاستئناف فيه وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم أو فسخه وفي الحالة الأخيرة لمحكمة الاستئناف هذه رؤية القضية مرافعة أو إعادتها للمحكمة ليراها قاض آخر انتدابا.[1]

خامسا: علىٰ محكمة الاستئناف عند إصدار الحكم النهائي أن تعالج أسباب الاستئناف بشكل واضح ومفصل.[2]

سادسا: تعلم المحكمة البدائية الخصوم بقرار محكمة الاستئناف خلال أسبوع من تاريخ إعادة القضية إليها مع ملاحظة ما جاء في الفقرة الأولىٰ من المادة (١٤٩) وتعطىٰ صورة عن إعلام الحكم المستأنف مظهرا بصورة عن القرار الاستئنافي عند طلبه من قبل المستأنف علىٰ أن يظل القرار الأصلي محفوظا في القضية.[3]

---

١) انظر المادة مائة وتسعة وأربعين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وخمسون من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر المادة مائة وإحدىٰ وخمسون من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦



سابعا: تقديم الاستئناف يوقف تنفيذ الحكم المستأنف ما لم يكن معجل التنفيذ أو الحكم بنفقة [١]

---

١) انظر المادة مائة وإثنين وخمسون من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦

المبحث الثالث
الاعتراض

المطلب الأول
الاعتراض العادي وأحكامه

المدعى عليهم على أربعة أقسام:

دعوىٰ علىٰ الحاضر المالك لأمره، ودعوىٰ علىٰ الصغير والسفيه المولىٰ عليه ودعوىٰ علىٰ الغائب ودعوىٰ في مال اليتيم.

وما يهمنا هنا هو القسم الثالث وهو الدعوىٰ علىٰ الغائب، وهو علىٰ قسمين: غائب عن مجلس الحاكم حاضر في البلد أو غائب عن البلد.

*أجمع فقهاء الحنفية واتفقوا: علىٰ عدم جواز الحكم علىٰ الغائب، سواء كان غائبا عن مجلس الحكم وحاضرا في البلدة، أو كان غائبا عن البلدة، لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لعلي كرم الله وجهه «لا تحكم لأحد الأخصام ما لم تسمع كلام الخصم الآخر، لأنك عند سماعك كلام الآخر تعرف ماذا يجب أن تحكم به».

قال في شرح الحيل: الحكم علىٰ الغائب لم يجز عندنا سواء كان غائبا عن مجلس الحاكم حاضرا في البلد أو غائبا عن البلد.

قال خواهر زاده: لا ينبغي للقاضي أن يحكم للغائب بلا خصم كما لا يحكم علىٰ الغائب، إلا أنه مع هذا لو وكل وكيلا وأنفذ الخصومة بينهم، جاز وعليه الفتوىٰ.

جاء في المادة (١٨٣٠) من مجلة الاحكام العدلية [يشترط حضور الخصم حين الحكم سواء أكانت الدعوىٰ متعلقة بحقوق العباد، أو متعلقة بحقوق الله كالطلاق].

* يجوز عند الأئمة الثلاثة رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ تعالىٰ الحكم علىٰ الغائب لأنه قد ثبت وظهر الحق عند القاضي بالبينة وقد ورد في الحديث الشريف «إن البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر» ولم يشترط حضور المدعىٰ عليه فاشتراط حضور المدعىٰ عليه هو زيادة بل دليل.

* **الخلاصة**: إن الأصل والقاعدة هو عدم جواز الحكم علىٰ الغائب، فإذا لم يكن ممكنا إحضار الخصم أي إجباره علىٰ الحضور إلىٰ المحاكمة، فإن ذلك يستوجب ضياع حق المدعي فلزمت المحاكمة، والحكم غيابيا دفعا للحرج والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع، وقد أفتىٰ خواهر زاده بجواز الحكم الغيابي علىٰ الخصم المتواري فقط.

مع أنه صح النقل عن أبي حنفية رضي الله تعالىٰ عنه أنه كان يرىٰ أنه لا يقضي علىٰ الغائب بشيء، فإن فقهاء الحنفية قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب وعليه، ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر تبنىٰ عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، كما قرر ذلك صاحب كتاب جامع الفصولين، وهو من كبار فقهاء الحنفية، واستظهر أن القاضي عليه أن يتأمل في الوقائع التي تعرض عليه، ويحتاط للحقوق حتىٰ لا تضيع، ويلاحظ الحرج الذي يمكن أن يحدث للمتخاصمين، ويقدر الضرورات، **فيقضي بحسبها جوازا وفسادا وذكر مثالين لهذا:**

المثال الأول: لو طلق الزوج زوجته عند العدول، ثم غاب الزوج عن البلد، ولا يعرف مكانه، أو كان مكانه معروفا، ولكن القاضي لا يستطيع إحضاره، ولا تستطيع الزوجة أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده الشاسع، أو لأي مانع آخر.

المثال الثاني: **لو** غاب المدين وله نقد في البلد.

ويرىٰ صاحب جامع الفصولين أنه في مثل هذين المثالين لو أقام الخصم البرهان الغائب، بحيث اطمأن قلب القاضي، وغلب علىٰ ظنه أنه حق لا تزوير فيه

ولا حيلة، فينبغي للقاضي أن يحكم علىٰ الغائب أو له، وكذلك ينبغي للمفتي أن يفتي بجواز ذلك، دفعا للحرج عن الناس والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع، خاصة وأن مسألة القضاء علىٰ الغائب من المسائل الظنية الاجتهادية.

الحكم على الغائب في القانون:

أجاز قانون أصول المحاكمات الشرعية الحكم علىٰ الغائب ولكن أعطي الغائب ضمانات في حالة الحكم عليه وهذه الضمانات ذكرتها المواد من (١٠٦-١١١) علىٰ التفصيل التالي:

المادة (١٠٦) للمحكوم عليه غيابيًا أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ تبليغه.

أعطىٰ القانون للمحكوم عليه غيابيا أن يعترض علىٰ الحكم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغه الحكم. ويشرط لصحة الاعتراض علىٰ الحكم الغيابي:

أ-صدور حكم غيابي بحق المعترض.

ب-ان يقدم المعترض لائحة اعتراضية يبين من خلالها أسباب اعتراضه علىٰ الحكم الغيابي.

ج-ان تقدم الدعوىٰ الاعتراضية خلال المدة القانونية وهي خمسة عشر يوما من تاريخ تبلغه اعلام الحكم في الدعوىٰ الاصلية.

المادة (١٠٧) يسقط يوم التبليغ وأيام العطل الرسمية من ضمن مدة الاعتراض إذا وقعت في نهاية المدة.

يسقط يوم التبليغ وايام العطل الرسمية إذا جاءت في نهاية المدة.

المادة (١٠٨) يجوز للمحكوم عليه أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي قبل تبليغه، ويعتبر ذلك قائمًا مقام التبليغ، علىٰ أن يرفق إعلام الحكم المعترض عليه بلائحة الاعتراض.

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-يجوز للمحكوم عليه أن يعترض علىٰ الحكم الغيابي قبل تبليغه، ويعتبر ذلك قائمـًا مقام التبليغ.

٢-لا بد من إرفاق إعلام الحكم المعترض عليه بلائحة الاعتراض.

(١٠٩) إذا قدم الاعتراض ضمن المدة القانونية تقرر المحكمة قبوله، وتنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد ذلك إما بفسخ الحكم الغيابي، أو تعديله، أو رد الاعتراض.

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-إذا قدم الاعتراض خلال المدة القانونية وجب علىٰ المحكمة قبوله.

٢-علىٰ المحكمة أن تنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد قبوله ذلك إما:

بفسخ الحكم الغيابي أو تعديله، أو رد الاعتراض. ويشترط في الاعتراض أن يبنىٰ علىٰ دفع أو علىٰ طعن في البينة أو الخبرة والخبراء، ولا يصح أن يقوم الاعتراض علىٰ الانكار المجرد، فلو أقيمت علىٰ الانكار المحرد يحكم برد الدعوىٰ الاعتراضية شكلا كونه نوعا من اللغو اذ بالانكار سيعيد المحكمة الىٰ الدور الأول وهو الاثبات وقد سبق وان ثبتت الدعوىٰ.

المادة (١١٠) يجوز تقديم الاعتراض إلىٰ أية محكمة من محاكم الدولة، وعلىٰ المحكمة التي قدم إليها الاعتراض أن تستوفي الرسم، وتبادر بإرساله فوراً إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-جواز تقديم اللائحة الاعتراضية إلىٰ إي محكمة بداية من محاكم المملكة ولا يجوز لهذا المحكمة أن ترفض قبوله.



٢-علىٰ المحكمة التي قدم لها اللائحة الاعتراضية أن تبادر مباشرة باستيفاء الرسم المقرر ومن ثم ارساله إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه.

أثر تقديم الاعتراض على تنفيذ الحكم المعترض عليه:

عالجت القانون هذه المسألة من خلال المادة (١١١) والتي جاء فيها [**تقديم الاعتراض يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه إلا إذا كان معجل التنفيذ أو حكماً بنفقة**].

تقديم الاعتراض يوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه لحين انتهاء الدعوىٰ الاعتراضية لان الحق المطلوب اظهاره وتحقيقه قد يضيع بالتنفيذ اذا لم يكن الحم مكتسبا للقطعية لكن يستثنىٰ من هذه القاعدة ما يأتي:

١-الاحكام المعجلة التنفيذ لا تخضع لهذه القاعدة لان الحكم فيها مضمون بالتأمينات النقدية أو بالكفالة.

٢-أحكام النفقات كافة سواء للفروع أو الأصول أو الحواشي، لان النفقة بها قوام العيش للمنفق عليه.

غياب اطراف الدعوى الاعتراضية:

عالجت ذلك المادة (١١٢) من القانون إذ جاء فيها: [**إذا لم يحضر المعترض أو الطرفان في اليوم المعين للنظر في الاعتراض يرد الاعتراض ولا يقبل مرة أخرىٰ، والحكم الصادر برد الاعتراض يكون قابلاً للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض وفي هذه الحالة تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعترض عليه**].

الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-غياب المعترض أو طرفي الخصومة يتوجب رد الاعتراض.

٢-الحكم الصادر برد الاعتراض لا يقبل الاعتراض مرة أخرىٰ ويكون قابلا للاستئناف شريطة تبليغه للمعترض.

٣-تنظر محكمة الاستئناف في الحكم الأصلي المعترض عليه فاذا كان صحيحا تصدقه واذا كان غير ذلك تفسخه وتعيده للمحكمة.

٤-لا يحكم برد الاعتراض إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالىٰ وعلىٰ المحكمة تأجيل الجلسة وتبليغ الطرفين موعد الجلسة الجديدة.

عدم حضور المعترض الدعوى الاعتراضية:

عالجت هذه المسألة المادة (١١٣) من القانون إذ جاء فيها:

[إذا لم يحضر المعترض عليه في اليوم المعين رغم تبليغه حسب الأصول تقرر المحكمة بناء علىٰ طلب المعترض السير في الدعوىٰ الاعتراضية بحق المعترض عليه غيابيا، وقبول الاعتراض إذا ظهر لها أنه قدم ضمن المدة القانونية، وتنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر قرارها برد الاعتراض، أو فسخ الحكم الغيابي وإبطاله أو تعديله أو تأييده، علىٰ أن يكون للمعترض عليه الحق في استئناف هذا القرار من تاريخ تبليغه إياه].

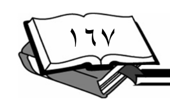
الاحكام الواردة في هذه الفقرة:

١-إذالم يحضر المعترض عليه في اليوم المعين رغم تبليغه موعد جلسة الاعتراض حسب الأصول تقرر المحكمة محاكمة المعترض عليه غيابيا بناء علىٰ طلب المعترض.

٢-علىٰ المحكمة قبول الاعتراض شكلا إذا قدم ضمن المدة القانونية.

٣-علىٰ المحكمة أن تنظر في أسباب الاعتراض، وتصدر حكمها بعد قبوله ذلك إما:

أ- رد الاعتراض إذا تبين أن الأسباب التي ساقها غير صحيحة، وغير مقبولة وتؤيد المحكمة الحكم الغيابي إن ظهر ان المعترض غير محق في دعواه، أو لم يبنىٰ علىٰ أسباب صحيحة.



أ-أو بفسخ الحكم الغيابي وإبطاله، إذا كان تبين أن الأسباب التي ساقها المعترض صحيحة ومقبولة، كأن يكون تبليغ المعترض غير صحيح، وعندئذ تسير المحكمة في الدعوىٰ من جديد.

ج-أو تعديله. أي تعدل المحكمة الحكم الغيابي كله أو بعضه إن كان مما يتجزأ إن ظهر أن المعترض محقا في دعواه.

د-يكون للمعترض عليه الحق في استئناف الحكم من تاريخ تبليغه إياه.

تبليغ الحكم أو القرار الغيابي:

بينت هذه المسألة **المادة (١١٤) من القانون فجاء فيها: [إذا لم يبلغ الحكم أو القرار الغيابيان إلىٰ المحكوم عليه خلال سنة من تاريخ صدوره يصبح ملغيا إلا في الأحوال التالية:**

١-إذا راجع المحكوم له المحكمة ودفع الرسم القانوني للتبليغ خلال مدة السنة ومضت المدة قبل ان تنتهي معاملة التبليغ.

٢-إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالىٰ].

الاحكام الواردة في هذه المادة:

١-يلغىٰ الحكم الغيابي تلقائيا بمرور سنة عليه دون تبليغه، ولا حاجة لاقامة دعوىٰ بهذا الخصوص، ولا بد من الإشارة في سجل الاحكام الىٰ ذلك.

٢-إجراءات التبليغ هنا من واجب المحكمة، اذ ان دور صاحب الدعوىٰ ان يقوم بدفع رسم تبليغ الحكم، فلا يعاقب بتخلف المحكمة عن واجبها بإلغاء الحكم في حقه.

٣-الحكم الساري علىٰ الغير كما في دعوىٰ دين علىٰ تركة وكان الحكم علىٰ احد الورثة حكما علىٰ الباقين، اثره تبعي، فان الغي الحكم، الغي السريان علىٰ باقي الورثة في حال مضي سنة دون تبليغ المدعىٰ عليه الحكم.

المطلب الثاني

اعتراض الغير وأحكامه

اعتراض الغير هو طعن غير عادي يوجهه شخص خارج عن الخصومة إلىٰ الحكم الصادر فيها منعا للضرر الذي يمكن أن يصيبه، هو طريق اختياري للطعن بالحكم بالنسبة للغير، إذ يحق له سلوكه كما يحق له الاستغناء عنه، ويوجه الطعن إلىٰ المحكوم له، كما لو تواطؤ مدينه مع الغير لهضم حقوقه مما يؤدي إلىٰ صدور الحكم.

تعريف اعتراض الغير:

لقد تباينت تعاريف اعتراض الغير من جانب الفقه:

فعرفه الدكتور صلاح الدين سلحدار بأنه: (طريق غير عادي للطعن في حكم مبرم سمح به المشرع لشخص لم يكن خصمً أو ممثلاً أو متدخلاً في الدعوىٰ التي انتهت به وذلك لدفع كل ما يمس بحقوقه في الحكم المعترض عليه).[١]

وعرفته الدكتورة أمينة النمر بأنه: (طعن غير عادي في الأحكام يرمي إلىٰ الرجوع عن الحكم أو تعديله لمصلحة شخص خارج عن الخصومة التي انتهت بصدوره)[٢]

وعرفه الدكتور مفلح القضاة بأنه: (طريق غير عادي للطعن في الأحكام سمح به القانون لكل شخص لم يكن خصماً ولا ممثلاً ولا متدخلاً في الدعوىٰ).[٣]

---

١) صلاح الدين سلحدار، أصول المحاكمات المدنية، بدون رقم طبعة، منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، حلب،١٩٩٢، ص ٢٦٧

٢) أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، القسم الثاني، الدار الجامعية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص٣٠٢

٣) مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، ط٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٨٨م، ص٣٣١



كما عرفه المحامي محمد العشماوي بأنه: (حق منحه القانون لطائفة معينة من الأشخاص ممن قدر أن الحكم الذي صدر في الخصومة قد يضر بهم ليتمكنوا عن طريقه من دفع هذا الضرر الذي قد يصيبهم فعلاً من صدور حكم لا حجة له عليهم).

ويرىٰ الدكتور صلاح الدين الناهي بأن هذا الطريق من طرق الطعن هو: (رخصة تقررها قوانين الأصول عادة لمن يضر به حكم صادر في خصومة لم يكن طرفاً أصلياً أو نائباً عن غيره فيها ولا شخصاً ثالثاً).[١]

وعرفته محكمة التمييز الأردنية اعتراض الغير بقولها: (أنه طريقة غير عادية يتوصل بها شخص ثالث للاعتراض علىٰ حكم ماس بحقوقه صدر في غيابه لكونه لم يدع إلىٰ المحكمة التي صدر بالاستناد إليها ذلك الحكم).[٢]

شروط اعتراض الغير:

هناك شروطاً عامة يجب توافرها للطعن بالأحكام وهي توفر المصلحة والأهلية والصفة وعدم قبول الحكم بالإضافة لهذه الشروط العامة فقد أكد المشرّع علىٰ أنه يشترط لقبول اعتراض الغير توافر بعض الشروط الإضافية والتي تعد أساساً لقبول الطعن عن طريق اعتراض الغير ومن هذه الشروط:

١ - ألا يكون المعترض اعتراض الغير خصماً أو ممثلاً أو متدخلاً في المحاكمة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه.

فمن كان مدعياً أو مدعىٰ عليه أو متدخلاً أياً كانت صورة التدخل اختيارياً أم جبرياً لا يحق له الطعن بطريق اعتراض الغير كون هذا الخصم كان ماثلاً في المحاكمة وكان بإمكانه أن يدلي بما لديه من طلبات أو دفوع، ثم أن بإمكانه

١) محمد العشماوي وعبدالوهاب العمشاوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري، ج٢، المطبعة النموذجية، القاهرة ١٩٥٨، ص١٠١٥

٢) قرار محكمة التمييز رقم ٣٦١/ ٧٩، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ١٩٨٠م، ص٥٣٧

استعمال طرق الطعن الأخرىٰ التي لا يحرم المشرّع الخصوم منها فحتىٰ لو تخلّف الخصم عن حضور جلسات المحاكمة فلن يحق له الطعن بطريق اعتراض الغير.

جاء في **المادة (١١٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦ [إذا صدر حكم في دعوىٰ يحق للشخص الذي لم يكن طرفا فيها وكان الحكم يمس حقوقه أو كان الشخص أحق من المحكوم له بالمحكوم به أن يعترض عليه اعتراض الغير].**

٢- أن يلحق الحكم المعترض عليه ضرراً بالمعترض.

إن الحكم القضائي الصادر في نزاع معين والذي يفترض أن يكون حجة علىٰ أطراف هذا النزاع فحسب أضحىٰ أيضـًا له حجة بمواجهة الخارجين عن هذه الخصومة بحيث أصبحوا في مركز قانوني يسمح بتنفيذ هذا الحكم عليهم، وبالتالي فهو يمسّ حقوقهم وهذا يرتب عليهم قبول ما جاء بهذا الحكم من التزامات وواجبات، وفي قانون محاكم الصلح نجد أن المشرع استخدم تعبير آخر وهو (الإجحاف) في حق الغير وقد قصد المشرّع بالحكم المجحف بحق الغير بأنه الحكم الذي ينال من حقوق الغير والذي لم يكن طرفـًا في الخصومة ولا ممثلاً لا أصالة ولا نيابة وعلىٰ أي حال فإن كلا التعبيرين سواء كان الحكم حجة عليه أو مجحفـًا بحقه يقصد بهما المساس بحقوق هذا الغير بأن يلحقه ضررا.

وقد أشارت **المادة (١١٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ ذلك فقد جاء فيها [إذا صدر حكم في دعوىٰ يحق للشخص الذي لم يكن طرفا فيها وكان الحكم يمس حقوقه أو كان هذا الشخص أحق من المحكوم له بالمحكوم به ان يعترض عليه اعتراض الغير].**

٣-أن يقدم الاعتراض خلال الميعاد المحدد له.

من خلال هذا النص نجد أن المشرّع لم يشترط لتقديم اعتراض الغير مدة معينة حيث يبقىٰ للغير الحق في الاعتراض علىٰ الحكم ما لم يسقط حقه بالتقادم فاعتراض

الغير يبقىٰ جائز خلال المدة التي ينقضي بها الحق بمرور الزمن المقرر لتقادمه والتقادم هنا لا يسقط الحق ذاته بل يجعل الدعوىٰ غير مسموعة.

وهنا يثور التساؤل حول موعد بدء سريان ميعاد الطعن فهل يبدأ من تاريخ صدور الحكم المعترض عليه أم من تاريخ التنفيذ –الاحتجاج علىٰ الغير به– أم من تاريخ العلم بهذا الحكم؟ لا مجال للقول بأن بدء الميعاد يكون من تاريخ صدور الحكم كون الغير هو شخص ثالث بعيد عن العلاقة بين المحكوم له والمحكوم عليه، وبالتالي فمن الظلم أن يبدأ سريان الموعد من تاريخ صدور الحكم كما وأن من الممكن أن لا يتم تنفيذ الحكم مباشرة بحيث تمر فترة التقادم دون التنفيذ فهل يسقط حق الغير بالتقادم هنا؟ وهذا فيه نوع من الإجحاف بحق الغير. وبما أن الغير لا يتم تبليغه الحكم كونه لا علاقة له به ابتداء فإن بدء سريان التقادم بالنسبة له – الغير– يكون من تاريخ الاحتجاج عليه فمتىٰ يتم الاحتجاج بالحكم علىٰ الغير في تلك اللحظة يبدأ حقه في تقديم اعتراض الغير ويستمر إلىٰ أن يسقط هذا الحق بالتقادم.[1]

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية المدة القانونية لذلك وهي خلال ستين يوما من تاريخ العلم بالحكم فقد جاء **في المادة (١١٧)** من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦ [**تسمع دعوىٰ اعتراض الغير خلال ستين يوما من تاريخ العلم بالحكم ولا تسمع في جميع الأحوال بعد مرور مدة التقادم علىٰ المطالبة بالحق**].

أقسام اعتراض الغير:

اعتراض الغير الأصلي واعتراض الغير الطارئ:

١) صلاح الدين سلحدار، المرجع السابق، ص٢٧٢



أولاً: اعتراض الغير الأصلي

ماهية اعتراض الغير الأصلي والمحكمة المختصة بنظره:

اعتراض الغير يثبت لكل شخص لم يكون خصماً ولا ممثلاً ولا متدخلاً في خصومة صدر فيها حكماً يمسّ حقوقه سواء أكان الشخص من الغير أو من الذين منحهم القانون الحق في تقديم اعتراض الغير حماية لحقوقهم كالدائنين والمدينين المتضامنين والمدينين بالتزام غير قابل للتجزئة والوارث الذي مثله أحد الورثة في الدعوىٰ وصدور الحكم مشوباً بغش أو حيلة وقد منحهم القانون حق الاعتراض.[١]

ولكن ما هو اعتراض الغير الأصلي؟

عرفه الأستاذ فارس الخوري: (بأنه الاعتراض الواقع مجدداً من الشخص الثالث لدىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه دون أن يكون بينه وصاحب ذلك الحكم دعوىٰ ما أو خصومة سابقة علىٰ الخصوص المنازع بيه).

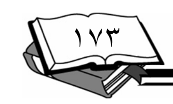
وعرفه الدكتور رزق الله الأنطاكي الاعتراض الأصلي بقوله: (يكون اعتراض الغير أصلياً عندما يتخذ الغير المبادأة في الطعن في الحكم بقصد سحبه بالنسبة له ومثال ذلك لو صدر بين شخصين حكم اعتبر أن عيناً هي ملك لأحدهما وكانت هذه العين في الحقيقة ملكاً لشخص ثالث فيحق لهذا الأخير الطعن بالحكم بطريق اعتراض الغير بقصد إبطاله).[٢]

من خلال هذا التعريف يتضح أن اعتراض الغير الأصلي يجب أن يقدم ابتداء بمعزل عن خصومه قائمة إلىٰ المحكمة المختصة التي أصدرت الحكم المعترض عليه وأن يتبع في تقديمه الإجراءات المقررة للسير في الدعوىٰ الأصلية وهذا ما أكدته

---

١) رزق الله الأنطاكي، المرجع السابق، ص٧٩١

٢) فارس الخوري، المرجع السابق، ص٥٣٥ وعبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص٦١٥



المادة (٩١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦ حيث نصت علىٰ: [**يجوز لمن له علاقة في الدعوىٰ المقامة بين الطرفين ويتأثر من نتيجة الحكم فيها أن يطلب إدخاله شخصا ثالثا في الدعوىٰ وبعد أن تتحقق المحكمة من علاقته تقرر قبوله كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص ترىٰ إدخاله ضروري لتحقيق العدالة**].

إجراءات تقديم اعتراض الغير الأصلي:

يرفع اعتراض الغير بموجب لائحة تتضمن البيانات التي اشترط القانون إدراجها بلائحة الدعوىٰ وما بعدها من بيان أسم المحكمة المقدم لها الاعتراض واسم المعترض والمعترض ضده وبيان الحكم المطعون فيه وأسباب الاعتراض موضحـًا كيفية مساس الحكم لحق من حقوقه وطلباته في الاعتراض مرفقـًا بها البيانات اللازمة لإثبات دعواه ويقدم اعتراض الغير بنفس الإجراءات المعتادة لتقديم لوائح الدعاوي إلىٰ المحكمة فيخضع بذلك الاعتراض للأصول المتبعة لتقديم تلك اللوائح ويؤجل النظر بالاعتراض إذا تبين للمحكمة أن المعترض عليه لن يبلغ أو يدعي للمحاكمة حسب الأصول القانونية وذلك لغايات إعادة تبليغه، ويرفع اعتراض الغير إلىٰ المحكمة مصدرة الحكم محل الطعن بالاعتراض ويجوز لمن يتأثر بنتيجة الاعتراض أن يطلب إدخاله بالدعوىٰ علىٰ أن يتثبت طالب التدخل المصلحة في ذلك، أما بخصوص مسألة الرسوم فإن الرسم المستوجب استيفاؤه من المعترض اعتراض الغير هو نفس الرسم الذي أُستوفي عند الدعوىٰ الأصلية عن كل مرحلة من مراحل التقاضي فقد جاء في الفقرة الأولىٰ من المادة مائة وستة عشر ما نصها " الاعتراض الأصلي يقدم إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه تتضمن بيان الأسباب التي يستند إليها المعترض في جرح الحكم وإبطاله وتبليغ نسخة من هذه اللائحة إلىٰ المعترض عليه ويجري تبادل اللوائح بين

الطرفين وفقا لإحكام هذا القانون.[١]

ثانيا: اعتراض الغير الطارئ

يجب لتقديم اعتراض الغير الطارئ ابتداء وجود دعوىٰ مرفوعة ومنظورة فلا يمكن التقدم بهذا الاعتراض بصورته الطارئة إلاّ إذا كانت هناك دعوىٰ مرفوعة ومنظورة، ويشترط لتقديم هذا الاعتراض أن يتوافر شرطان:

الشرط الأول: أن تكون المحكمة التي تنظر الدعوىٰ من درجة المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه أو أعلىٰ منها. أي أن محكمة الاستئناف مثلاً تملك حق النظر في اعتراض الغير الطارئ الذي ينصبّ علىٰ حكم صادر عن محكمة البداية، أما إذا كان العكس فإن محكمة البداية لا تملك حق النظر في الاعتراض الطارئ ويتوجب علىٰ المعترض تقديم اعتراض أصلي أمام محكمة الاستئناف.

الشرط الثاني: أن تكون المحكمة الناظرة في الدعوة القائمة مختصة في نظر النزاع الذي تناوله الحكم المبرز المعترض عليه فيما لو رفع أمامها بدعوىٰ مستقلة.[٢]

ويقصد بهذا الشرط أن تكون المحكمة التي تنظر النزاع القائم ذات ولاية في نظر النزاع الذي صدر فيه الحكم المعترض عليه فإذا كانت الدعوىٰ مرفوعة أمام المحكمة الشرعية علىٰ سبيل المثال وأبرز أحد الخصوم حكمـًا صادراً عن محكمة نظامية مثلاً فلا يجوز للخصم الذي مسّ بحقه الحكم المدني أن يعترض عليه اعتراضـًا طارئـًا أمام المحكمة الشرعية الناظرة للدعوىٰ وذلك لعدم توافر الاختصاص الولائي لهذه المحكمة وفي هذه الحالة علىٰ المعترض اللجوء إلىٰ

---

١) محمد طهماز، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ٢/ ٣٦٤ومحمد العشماوي، مرجع سابق ص١٠٢٢ وصلاح سلحدار، مرجع سابق ص٢٧١

٢) عبدالمنعم الشرقاوي، مرجع سابق، ص٦١٦

اعتراض الغير الأصلي بأن يتقدم بدعوة اعتراض أصلية أمام المحكمة النظامية التي أصدرت الحكم المعترض عليه.[١]

هذا وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦ إلىٰ الاعتراض الطارئ من خلال الفقرة الثانية من **المادة (١١٦)**حيث جاء فيها [**الاعتراض الطارئ يكون علىٰ حكم سابق أبرزه احد الخصمين أثناء نظر الدعوىٰ القائمة يثبت بهم دعاه ولا حاجة إلىٰ إقامة دعوىٰ مستقلة للاعتراض الطارئ بل يكتفي أن يعترض علىٰ الحكم حين إبرازه بلائحة تتضمن الأسباب التي يستند إليها في إبطال الحكم المعترض عليه فإذا ظهر أن هذا الحكم أصدرته المحكمة التي تنظر الدعوىٰ أو محكمة أخرىٰ من درجتها أن تنظر دعوىٰ الاعتراض مع الدعوىٰ الأصلية وتفصلان بقرار واحد وإذا ظهر انه صادر من محكمة أعلىٰ تفهم المحكمة المعترض أن عليه مراجعة تلك المحكمة للاعتراض علىٰ الحكم وتستمر هي في رؤية الدعوىٰ الأصلية إلىٰ أن يرد لها من المحكمة الأعلىٰ ما يشعر بتأخيرها إلىٰ نهاية دعوىٰ اعتراض الغير**].

اعتراض الغير لا يؤخر تنفيذ الحكم:

١-دعوىٰ اعتراض الغير لا تؤخر تنفيذ الحكم المعترض عليه علىٰ انه إذا ثبت وقوع ضرر من تنفيذه فللمحكمة أن تصدر قرارا بتأخير التنفيذ بالقسم الذي له علاقة بحقوق المعترض.[٢]

٢-كما أن الحكم الذي تصدره المحكمة لا يبطل من الحكم المعترض عليه إلا الجهة التي تخص المعترض ما لم تكن مادة الحكم المذكورة لا تقبل التجزئة

---

١) مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات الحقوقية، مرجع سابق، ص٣٣٤

٢) انظر المادة مائة وسبعة عشر من قانون أصل المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

فحينئذ يبطل الحكم بأجمعه.[١]

٣-كما لا يجوز تنفيذ الحكم علىٰ من يسري عليه غير المتخاصمين إلا بعد اتخاذ إجراءات التبليغ وإنهاء مدة الاعتراض والاستئناف فإذا لم يعترض عليه ويستأنف يصبح الحكم بحقه قطعيا.[٢]

الشروط العامة لاعتراض الغير:

الشرط الأول: أن لا يكون المعترض خصما في الدعوى ولا ممثلا ولا متدخلا فيها

فالشخص الذي تكون له صفة الخصم في الدعوىٰ ولو تخلف عن حضور جلسات المحكمة، سواء كمدع أو مدعىٰ عليه ام متدخلا، لا يحق له أن يطعن في الحكم الصادر فيها عن طريق اعتراض الغير، ويعتبر الشخص ممثلا في الدعوىٰ بواسطة وكيله القانوني أو الاتفاقي، أو بواسطة سلفه. فالوارث أو الدائن أو أي خلف آخر يعتبر ممثلا بواسطة السلف أو المدين، ولا يحق لهم بالتالي التقدم باعتراض الغير ضد الحكم الصادر تجاه سلفهم.

وقد استثنىٰ المشرع من هذا الشرط أشخاصا لا يتمتعون بصفة الغير، بل هم خلفاء للأشخاص الذين صدر الحكم في مواجهتهم، وأجاز لهم سلوك الطعن بطريق اعتراض الغير، وذلك إذا كان الحكم مشوبا بغش أو احتيال ضدهم، لأن الغش يفسد الحكم المبني عليه كما يفسد أي عمل أو عقد. وهؤلاء الأشخاص هم:

١-الدائنون، والمدينون المتضامنون، والدائنون والمدينون بالتزام غير قابل للتجزئة.

---

١) انظر المادة مائة وسبعة عشر من قانون أصل المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وسبعة عشر من قانون أصل المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢-الورثة إذا مثلهم أحدهم في الدعوىٰ التي لمورثهم.

وعلىٰ من يتقدم باعتراض الغير من هؤلاء أن يثبت الغش أو الاحتيال، وتقدير ذلك متروك للقاضي الذي يستخلصه من ظروف الحال ووضع الفرقاء.

الشرط الثاني: أن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه

فإذا كان المدعي لا يملك الاحتجاج بالحكم الصادر في الدعوىٰ ضد الشخص الذي قدم اعتراض الغير، فإن هذا الطلب يكون غير مقبول، وعلىٰ هذا فالغير إن كان يدعي بأن له حقا في مواجهة من صدر الحكم لصالحه أن يلجأ إلىٰ القضاء بطريق الدعوىٰ العادية وليس بطريق اعتراض الغير، ولو كان من الأشخاص الذين يجوز اختصامهم في الدعوىٰ التي صدر فيها الحكم ما دام هذا الحكم لا يعتبر حجة عليه.

الشرط الثالث: توافر الصفة والمصلحة لدى المعترض

يعد شرط المصلحة شرطا لقبول أي دعوىٰ أو طلب تطبيقا للقاعدة العامة القائلة أنه لا دعوىٰ بلا مصلحة. وتتوافر المصلحة عندما يصيب المعترض ضرر من الحكم المطعون عليه، أو باحتمال وقوع هذا الضرر، ويجب علىٰ المعترض أن يثبت ما يصيبه من ضرر حال أو محتمل، وأن لا يكون قد قبل الحكم المعترض عليه بعد صدوره، لأن مثل هذا القبول الصريح أو الضمني ينفي المصلحة في الاعتراض.

المبحث الرابع
إعادة المحاكمة

المطلب الأول
تعريف إعادة المحاكمة

طلب إعادة المحاكمة هو طريق غير اعتيادي في الحكم النهائي بسبب خطأ موضوعي، أي في تقدير الوقائع، وهذا الطعن يمس الاحترام الواجب للأحكام النهائية ولكن تبرره العدالة، فهو وسيلة لإصلاح خطأ القضاء إذا كان ذلك الخطأ جلية تنطق به الظروف، بشكل لا يدعو للشك، ولكن نظرا لأن هذا الطعن استثنائي، فإنه لا يجوز إلا في أحوال معينة نص عليها القانون علىٰ سبيل الحصر.[١]

وطلب إعادة المحاكمة طعن يرمي إلىٰ الرجوع عن حكم حائز الصفة القطعية لأجل النظر في النزاع مجددا في الواقع والقانون، كما يقصد بالطعن بطريق إعادة المحاكمة، طعن غير عادي يرجع للمحكمة نفسها التي أصدرت الحكم القضائي، ويهدف إلىٰ الرجوع عن حكم قطعي أصدرته بوقت سابق، وذلك عند توفر سبب من الأسباب التي حددها القانون علىٰ سبيل الحصر، كما يعرف طعن إعادة المحاكمة بأنه طعن في حكم بات يتقدم به المحكوم عليه لإعادة النظر في الأحوال المقررة في القانون.[٢]

كما يعرف أيضا علىٰ أنه طعن غير عادي للطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية أو محكمة الاستئناف الشرعية التي لا يقبل فيها الاعتراض إذا توفر سبب من الأسباب التي نص عليها قانون أصول المحاكمات الشرعية علىٰ سبيل الحصر[٣] وإعادة

---

١) مال محمد مصطفىٰ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، العراق، المكتبة القانونية، ٢٠٠٥، ص ١٩٤

٢) بيل إسماعيل عمر، واحمد خليل، قانون المرافعات المدنية، ط١، بيروت لبنان ٢٠٠٤، ص٦٢٧

٣) أدهم وهيب، الموجز في قانون الاثبات، بغداد العراق، مطبعة التعليم العالي،١٩٩٠، ص ٣٩٨

المحاكمة لا ترمي إلىٰ تعديل الحكم المطعون فيه، أو إصلاحه فقط، بل ترمي إلىٰ إزالة هذا الحكم واستبداله بحكم آخر يحل محله، بعد أن يتحقق سبب من الأسباب المبطلة، المنصوص عنها في المادة ١٥٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

المطلب الثاني
شروط إعادة المحاكمة

كي تقبل إعادة المحاكمة يجب أن تتوفر عدة شروط نص عليها القانون وهي:

١ - يجب أن يقدم طلب إعادة المحاكمة علىٰ حكم حائز الصفة القطعية ولم يعد قابلا للطعن بالطرق العادية (الاعتراض والاستئناف)، وعليه تكون قابلة لإعادة المحاكمة الأحكام القطعية بانقضاء مهلة الاعتراض عليها، وكذلك الأحكام الصادرة أثناء المحاكمة، شرط أن تكون قطعية، علىٰ أن يطعن فيها مع الحكم النهائي الصادر في موضوع النزاع.

٢- يجب أن يتمتع مقدم الطعن بالأهلية والصفة والمصلحة كما يجب عليه أن يستحضر إلىٰ إعادة المحاكمة جميع الخصوم في الحكم المطعون فيه تحت طائلة عدم قبول طلبه.

٣- لا يقبل طلب إعادة المحاكمة إلا إذا كان مبنيا علىٰ سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة ١٥٣ من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

٤ - يجب أن يقدم الطعن بطريق إعادة المحاكمة خلال مهلة ٣٠ يوما تبدأ من اليوم الذي علم فيه الطالب بالسبب الذي يبني عليه طلب الإعادة شرط أن يكون الحكم المطعون فيه قد صدر وأصبح قطعيا وأبلغ إليه قبل علمه بالسبب المذكور، أما ذا أبلغ إليه بعد ذلك فلا تسري المهلة إلا من تاريخ تبليغه الحكم إذا كان قطعيا أو من التاريخ الذي أصبح فيه الحكم قطعيا.

ويترتب علىٰ عدم مراعاة مهلة الطعن عدم قبول هذا الطعن وسقوط حق الخصم في رفعه، كما يقع علىٰ طالب الإعادة عبء إثبات تاريخ علمه بالسبب الذي يبني عليه طلبه كي يبرهن أن طلبه مقدم ضمن المهلة وأن يثبت بالتالي التاريخ الذي بدأ فيه سريان هذه المهلة.

المطلب الثالث

أسباب إعادة المحاكمة

نصت المادة (١٥٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية علىٰ: [**يجوز لأحد الخصمين أو من يقوم مقامه أن يطلب إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة من المحاكم الاستئنافية والأحكام التي تصدر من المحاكم البدائية ولا يقبل فيها الاعتراض وذلك في الأحوال الآتية:**

١- أن تصدر المحكمة البدائية أو الاستئنافية حكما في إحدىٰ القضايا مخالفا لحكم أصدرته سابقا، مع أن ذات وصفة الطرفين اللذين صدر بينهما الحكم لم تتغيرا والدعوىٰ ذات الدعوىٰ السابقة، ولم تظهر بعد صدور الحكم الأول مادة يمكن أن تكون سببا لصدور حكم آخر مخالف].[1]

في هذه الحالة يصبح الحكم موضوع طلب الإعادة مرتكزا علىٰ عنصر ثبوتي غير صالح لإسناده.

ويشترط لقبول طلب الإعادة أن يكون قد صدر قرار ببطلان الحكم المستند إليه أو بتعديله أو الرجوع عنه بعد صدور الحكم المطعون فيه بالإعادة وذلك قبل رفع طلب الإعادة، وان يكون الحكم المستند إليه والذي تقرر إبطاله أو الرجوع عنه

---

١) انظر الفقرة الأولىٰ من المادة مائة وثلاثة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

أو تعديله هو السبب أو العنصر الثبوتي الوحيد أو الأساسي للحكم المطعون فيه بالإعادة والذي لولاه لما صدر هذا الحكم على النحو الذي صدر فيه.

٢- ظهور حيلة كان ادخلها خصم طالب الإعادة بعد الحكم بتزوير الأوراق والمستندات التي اتخذت أساسا للحكم. أو يثبت تزويرها حكما وذلك قبل استدعاء طلب إعادة المحاكمة.[1]

الغش هو كل وسيلة غير مشروعة يستعملها الخصم لتضليل المحكمة و إيقاعها في الخطأ لحملها على إصدار الحكم لمصلحته، و لكي يعتبر الغش سببا لإعادة المحاكمة يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط المتمثلة بأن يكون الغش صادرا عن المحكوم له أو من يمثله، وأن يكون قد ظهر بعد صدور الحكم المطعون فيه، وأن يكون طالب الإعادة قد تعذر عليه بدون خطأ منه التذرع بالغش قبل أن يصبح الحكم قطعيا، وأخيرا أن يكون الغش قد أثر في إصدار الحكم.

إن التزوير الذي يشكل سببا للإعادة قد يكون تزويرا ماديا أو معنويا، ويشترط أن يكون التزوير الذي يعتمد كسبب للإعادة واقعا في ورقة استخدمت كدليل في الدعوى، وحتى تقبل إعادة المحاكمة يجب أن يثبت تزوير الأوراق إما بالإقرار أو بحكم قضائي.

والطعن بطريق الإعادة لا يقبل إذا كان ثبوت التزوير على الوجه المذكور قد حصل في وقت كان يمكن الطعن في الحكم المبني على الأوراق المزورة بطريق عادي ولم يلجأ طالب الإعادة إلى هذا الطعن بخطأ منه.

ويجب أن يكون التزوير قد ثبت على الوجه المتقدم قبل رفع الطعن بطريق إعادة المحاكمة ويشترط أيضا لقبول طلب الإعادة أن تكون الأوراق المزورة قد أثرت تأثيرا حاسما في إصدار الحكم المطعون فيه بالإعادة.

---

١) انظر الفقرة الثانية من المادة مائة وثلاثة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦



٣- أن يبرز للمحكمة بعد الحكم أوراق ومستندات تصلح لان تكون أساسا للحكم كان الخصم قد كتمها أو حمل علىٰ كتمها.(١)

فإذا حصل طالب الإعادة بعد صدور الحكم علىٰ أوراق منتجة في الدعوىٰ كان خصمه قد كتمها أو حمل لكي يعتبر إخفاء الأوراق سببا لإعادة المحاكمة يجب أن تتوفر فيه عدة شروط وهي:

* يجب أن تكون الأوراق المحتجزة حاسمة في النزاع أي من شأنها أن في حال قدمت إلىٰ المحكمة أن تجعل الحكم صادرا بالنتيجة لمصلحة طالب الإعادة.
* يجب أن تكون الأوراق الحاسمة قد احتجزت من قبل الخصم الآخر المحكوم له أو أنه حال دون تقديمها إلىٰ المحكمة.
* يجب أن تكون الأوراق المحتجزة قد اكتشفت بعد صدور الحكم المراد الطعن فيه بإعادة المحاكمة.
* يجب أن لا تكون الأوراق المحتجزة قد اكتشفت في وقت لم يكن الحكم قد أصبح فيه قطعيا أي غير قابل للطعن بالطرق العادية.

٤- إذا قضىٰ الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.(٢)

٥- إذا كان منطوق الحكم مناقضـًا بعضه بعضا.(٣)

٦- إذا صدر حكم علىٰ شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحـًا في

---

١) انظر الفقرة الثالثة من المادة مائة وثلاثة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر الفقرة الرابعة من المادة مائة وثلاثة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر الفقرة الخامسة من المادة مائة وثلاثة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

الدعوىٰ.[١]

٧- إذا كان الحكم قد بني علىٰ أي شهادة قضي بعد الحكم بأنها كاذبة.[٢]

بالنسبة للشهادة فيتم إثبات كذبها أو تزويرها بحكم جزائي ولكن ليس ما يمنع إثبات كذبها أو تزويرها بحكم مدني.

ويشترط لقبول إعادة المحاكمة أن يكون الحكم القاضي بكذب الشهادة قد صدر بعد الحكم المطعون فيه بالإعادة وقبل رفع هذا الطعن، ويشترط أخيرا أن تكون الشهادة قد أثرت تأثيرا حاسما في إصدار الحكم موضوع طلب الإعادة.

المطلب الرابع

إجراءات إعادة المحاكمة وميعادها

أشارت **المادة (١٥٤) من قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ إجراءات إعادة المحاكمة وهي كالتالي: [يقدم طلب إعادة المحاكمة إلىٰ المحكمة التي أصدرت الحكم ويجري في ذلك تبادل اللوائح بين الطرفين وفقا لإحكام هذا القانون وإذا قبل طلب إعادة المحاكمة بناء علىٰ احد الأسباب المنوه بها في المادة ١٥٣ تنظر المحكمة في أساس الدعوىٰ وتحكم بالنتيجة التي تتوصل إليها].**[٣]

١) انظر الفقرة السادسة من المادة مائة وثلاثة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر الفقرة السابعة من المادة مائة وثلاثة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر المادة مائة وخمسة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦



المطلب الخامس
ميعاد إعادة المحاكمة

مدة إعادة المحاكمة هي المدة المعينة للاستئناف وتبتدئ:

١- في حالة تناقض الحكمين من تاريخ تفهيم الحكم الثاني إذا كان وجاهيا، ومن تاريخ انقضاء مدة الاعتراض إذا كان غيابيا.

٢- في الحالات الباقية، من يوم تثبت الحيلة أو تزوير الأوراق والمستندات أو الحصول على الأوراق المكتومة.[١]

المطلب السادس
آثار الحكم في إعادة المحاكمة

يمكن للمحكمة الناظرة في الإعادة أن تقرر قبوله شكلاً ثم تنظر في الموضوع أو أن تحكم في المسألتين في حكم واحد إذا كان الخصوم قد قدموا طلباتهم في الموضوع.

* وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالإعادة إذا رأت المحكمة ذلك، فالمحكمة المختصة لها سلطة تقديرية مطلقة في وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالإعادة، أو عدم توقيف تنفيذه.
* إن القرار الصادر برفض طلب إعادة المحاكمة يعطي الحكم المطعون فيه قوة تنفيذية وقوة قضية مقضية تامة.
* لا يقبل طلب إعادة المحاكمة ثانية على حكم صدر بناء على حكم أعيدت المحاكمة عليه.[٢]

---

١) انظر المادة مائة وستة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وسبعة وخمسين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦

*صدور حكم محل الحكم المطعون فيه، فيتوجب علىٰ المحكمة التي تنظر طلب إعادة المحاكمة ان تفصل أولا في جواز قبول طلب إعادة المحاكمة من الناحية الشكلية ثم تنظر في الموضوع، حيث تصدر الحكم الجديد وفق القواعد العامة في اصدار الاحكام، إما بتعديل الحكم السابق اذا كان طلب الإعادة منصبا علىٰ بعض جوانب الحكم، او تصدر حكما جديدا بإبطال الحكم السابق اذا كان طلب الإعادة منصبا علىٰ الحكم بمحتوياته كافة وكان الطاعن محقا بطعنه والحكم الجديد يحل محل الحكم السابق.

إن الحكم الصادر في إعادة المحاكمة يكون قابلاً للطعن بالاعتراض أو الاستئناف أو النقض من قبل المحكمة العليا الشرعة بحسب الأحوال، كما يقبل الطعن باعتراض الغير لدىٰ توافر شروطه.

وللتفرقة بين طرق الطعن العادية وغير العادية أهمية من الناحية العملية وهي الآتية:

١-لم يحصر القانون أسباب الطعن بطريق عادي، فيجوز سلوكه أيا كان نوع العيب المنسوب إلىٰ الحكم، بينما لا يجوز سلوك طرق الطعن غير العادية إلا لأسباب معينة حصرها القانون. فقد حدد المشرع أسبابا معينة لجواز الطعن في الحكم بطريق النقض أو إعادة المحاكمة، فإذا لم يبن الطاعن طعنه علىٰ سبب من هذه الأسباب رفض شكلا ولو كان الحكم مشوبا بعيوب أخرىٰ.

٢-الطعن في الحكم بطريق عادي يطرح موضوع الخصومة التي صدر فيها الحكم من جديد أمام المحكمة، أما الطعن بالطرق غير العادية فلا يطرح مباشرة إلا العيوب التي استند إليها الطاعن في طعنه.

٣-الأصل أن يبدأ الطاعن فيستنفذ طرق الطعن العادية؛ ثم يباشر الطرق غير العادية.

فإذا كان الحكم قابلا للطعن بالاستئناف ومشوبا بعيوب تجيز الطعن فيه بطريق

غير عادي، علىٰ الطاعن أن يبدأ أولا بمباشرة الطعن العادي (الاستئناف)؛ ثم بعد صدور الحكم في الموضوع علىٰ غير ما يريد يكون له الطعن بالنقض أو إعادة المحاكمة حسب الحال.

أما إذا فوت علىٰ نفسه ميعاد الاستئناف، أو استأنف الحكم ولم يتابع الخصومة في الاستئناف مما ترتب عليه الحكم بسقوطها؛ أو باعتبارها كأن لم تكن بسبب من الأسباب، يسقط حقه في الطعن في الحكم بالنقض، ولكن ذلك لا يحول دون الطعن في الحكم بإعادة المحاكمة.

المبحث الخامس

الطعن أمام المحكمة العليا الشرعية

تمهيد:

شملت شريعتنا الغراء قواعد شرعية أصلت لنظرية البطلان بمفهومه العام سواء كان ذلك بطلان للإحكام الشرعية، أو للإحكام القضائية، من هذه القواعد الشرعية قاعدة جسدها الحديث الشريف الذي روته السيدة عائشة عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فه رد» ومعناه: فهو باطل غير معتد به.[1]

ويستدل به علىٰ إبطال جميع العقود الممنوعة، وعدم وجود ثمراتها.[2]

وأسباب نقض الأحكام وبطلانها متنوعة وكثيرة، فمنها ما له تعلق بالقاضي المصدر للحكم ومنها ما له تعلق بالحكم نفسه، ومنها ما له تعلق بطريق الحكم، إلا أن مرجع ذلك كله يرجع إلىٰ وقوع الخطأ ووجود الخلل، قال السبكي: وأعلم أن مدار نقض الحكم علىٰ تبين الخطأ.[3]

وقد رد القرافي أسباب نقض الأحكام وبطلانها إلىٰ خمسة أسباب وهي:

١- أن يكون مستند الحكم باطلا.

٢- القضاء في غير ولاية القاضي.

٣- الحكم علىٰ خلاف السبب.

٤- وجود التهمة، كقضائه لنفسه أو لمن لا تجوز شهادته له.

---

١) شرح النووي علىٰ مسلم ٦/ ١٥٠

٢) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ٣/ ١٤٥

٣) فناوىٰ السبكي ٢/ ٥٣٠

٥- القضاء بالحجة الضعيفة، كقضائه بعلمه.(١)

أما السبكي فقد جعل أسباب النقض والبطلان ثلاثة وهي:

١- وقوع خطأ في الحكم كحكمه بخلاف النص أو الاجماع أو القياس الجلي.

٢- أن يكون مستند الحكم علىٰ بينة غير موجودة كمن يستند في حكمه علىٰ بينة زور

٣- أن يكون الخلل بطريق الحكم، كأن يعتمد علىٰ شهادة كافرين.(٢)

المطلب الأول
معنى الطعن ومشروعيته

معنى الطعن:

هو الإتيان بجرح شخص أو قرار أثناء نظر الدعوىٰ أو بعد فصلها من خصم أو متضرر يكون ثبوته مانعـًا من اعتماد أقوال الشخص أو ناقضـًا للقرار.(٣)

مشروعية الطعن في الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي:

لم يبحث الفقهاء المسلمون الطعن في الأحكام القضائية بصريح العبارة لكنهم بحثوا ذلك من خلال مسألة نقض قضاء القاضي، حيث بينوا أن الحكم القضائي إذا صدر مخالفا للكتاب أو السنة أو الإجماع كان باطلاً وليس لأحد أن يجيزه أو ينفذه، ويجب علىٰ كل من يرفع إليه الأمر أن ينقضه.(٤)

ويدل علىٰ مشروعية الطعن في الأحكام ما يلي:

---

١) الفروق ٤/ ٣٩-٤٨

٢) فتاوىٰ السبكي ٢/ ٤٣٥

٣) ذياب: زياد صبحي ذياب، مذكرات لمادة الأحكام القضائية وطرق الطعن بها لطلبة الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، ٢٠٠٣م

٤) ياسين، محمد نعيم، حجية الحكم القضائي، دار الفرقان، ط١ ١٤٠٤ ١٩٨٤ ص٥٧

أولا: القرآن الكريم

قوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾﴾[المائدة].

وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾[المائدة: ٤٩].

وقوله تعالىٰ: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾[النساء: ١٠٥].

وقوله تعالىٰ: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ عَمَّا جَآءَكَ مِنَ ٱلْحَقِّ﴾[المائدة: ٤٨].

دلالة الآيات: إن الله أمر بالحكم بالحق ونهىٰ عن الحكم بخلافه، وهذا يقتضي أن يكون ما خالف الحق باطلا يجب نقضه ورده.(١)

ثانيا: من السنة الشريفة

١-عن أبي هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «بينما امرأتان معهما ابناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما فقالت هذه لصاحبتها إنما ذهب بابنك أنت وقالت الأخرىٰ إنما ذهب بابنك فتحاكمتا إلىٰ داود فقضىٰ به للكبرىٰ فخرجتا علىٰ سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه فقال ائتوني بالسكين أشقه بينكما فقالت الصغرىٰ لا يرحمك الله هو ابنها فقضىٰ به للصغرىٰ».(٢)

دلالة الحديث: أن حكم سليمان جاء في هذه الواقعة ناقضا لحكم داوود، ولذلك ترجم النسائي عليه بقوله [نقض الحاكم حكم غيره ممن هو مثله أو أجل منه](٣) وهذا شرع من قبلنا وشرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يأت ما يخالفه.

---

١) أدب القاضي، الماوردي، ١/ ٦٨٦

٢) صحيح مسلم، ٣/ ٢٣٦

٣) سنن النسائي ٨/ ٢٣٦ونقل الترجمة أبن القيم مقررا لها وأعلام الموقعين ٣٧١ والطرق الحكمية ص٦

٢-عن علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: «بعثني رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلىٰ اليمن فانتهينا إلىٰ قوم قد بنوا زبية للأسد فبينا هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل فتعلق بآخر ثم تعلق رجل بآخر حتىٰ صاروا فيها أربعة فجرحهم الأسد فانتدب له رجل بحربة فقتله وماتوا من جراحتهم كلهم فقاموا أولياء الأول إلىٰ أولياء الآخر فاخرجوا السلاح ليقتتلوا فأتاهم علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ علىٰ تفيئة ذلك فقال تريدون أن تقاتلوا ورسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حي إني أقضي بينكم قضاء إن رضيتم فهو القضاء، وإلا حجز بعضكم عن بعض حتىٰ تأتوا النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيكون هو الذي يقضي بينكم، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له اجمعوا من قبائل الذين حضروا البئر ربع الدية وثلث الدية ونصف الدية والدية كاملة فللأول الربع لأنه هلك من فوقه وللثاني ثلث الدية وللثالث نصف الدية فأبوا أن يرضوا فأتوا النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو عند مقام إبراهيم فقصوا عليه القصة فقال أنا أقضي بينكم واحتبي فقال رجل من القوم إن عليا قضىٰ فينا فقصوا عليه القصة فأجازه رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».[1]

دلالة الحديث علىٰ جواز عرض الدعوىٰ علىٰ قاضٍ أو حاكم أعلىٰ، كما يدل الحديث أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قد صدّق حكم سيدنا علي فيما حكم، بدلالة أنه وافق عليه ولو كان الحكم غير صحيح لما أجازه النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولنقضه وحكم فيه من جديد.[2]

٣-شرط الحكم بالاجتهاد عدم مخالفة النص والإجماع ويدل علىٰ هذا حديث معاذ أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أراد أن يبعث معاذا إلىٰ اليمن قال: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال:

---

١) مسند أحمد، ٤٤/ ١٦ والبيهقي، السنن الكبرىٰ، ٨/ ١١١

٢) السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، نصر فريد ص٥٣

فبسنة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا في كتاب الله؟ قال أجتهد رأيي ولا آلو (لا أقصر في الاجتهاد) فضرب رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله».[١]

فمن حكم بخلاف هذا الشرط لا يصح حكمه ويشهد لهذا من قواعد الشريعة قاعدة [لا مساغ للاجتهاد في مورد النص][٢] فمنطوق هذه القاعدة يدل علىٰ حرمة الاجتهاد في مقابل النص ومفهومها يدل علىٰ مشروعية نقض الحكم المخالف للنص لأنه لا يعد اجتهادا مقبولا.[٣]

٤-أن عمر إذ حكم بحرمان الأخ من الأبوين في المشركة ثم شرك بعد ذلك فقال ذاك علىٰ ما قضينا وهذا علىٰ ما تقضىٰ ولم ينقض قضاءه الأول.[٤]

٥-عن عمر بن الخطاب إلىٰ أبي موسىٰ «لا بد عن قضاء قضيته ثم راجعت فيه نفسك فهديت لرشدك أن تنقضه فإن الحق قديم لا ينقضه شيء، والرجوع إلىٰ الحق خير من التمادي في الباطل».[٥]

٦- نقض الأحكام عند وجود أسبابها فيه تحقيق للمصلحة ودرء للمفسدة، لان الحكم الذي يستحق النقض يشتمل علىٰ الخطأ الذي هو مظنة الجور، والظلم وفي مشروعية نقضه تحقيق للعدالة وإقرار للحق وإزالة الظلم والجور الذي تحاربه الشريعة.[٦]

---

١) سنن أبي داود ٢ / ٣٢٧رقم ٣٥٩٢وسنن البيهقي الكبرىٰ ١٠ / ١١٤رقم ٢٠١٢٦
٢) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٤
٣) شرح المجلة للاتاسي ١/ ٤١ودرر الحكام ٤/ ٦٣٢
٤) المرجع السابق ٤/ ١٩٦
٥) تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير ٤ / ١٩٦
٦) درر الحكام ٤/ ٦٣٥

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ حجية الأحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية وذلك من خلال **المادة (١٠٥) حيث جاء فيها [الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية مرعية ما لم تفسخ من محكمة الاستئناف أو تنقض من المحكمة العليا الشرعية مع مراعاة أحكام المادة ١١٤ من هذا القانون].**[١]

هذا وقد اعتبر القانون أن الحكم الغيابي يكون ملغيا إذا لم يبلغ خلال سنة من تاريخ صدوره ويستثنىٰ من ذلك حالتين، الأولىٰ إذا راجع المحكوم له المحكمة ودفع رسم التبليغ خلال مدة السنة ومضت المدة قبل أن تنتهي معاملة التبليغ، أما الحالة الثانية إذا كان الحكم مما يتعلق به حق الله تعالىٰ.[٢]

الطعن في الأحكام في قانون أصول المحاكمات الشرعية.

المطلب الثاني

تشكيل المحكمة العليا وأهدافها وطبيعتها

أولا: تشكيل المحكمة العليا

تشكل المحكمة العليا الشرعية في عمان، وتؤلف من رئيس وعدد من القضاة حسب الحاجة جميعهم من الدرجة العليا وتنعقد من خمسة قضاة في هيئتها العادية يرأسها القاضي الأقدم.[٣]

---

١) انظر المادة مائة وخمسة من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وأربعة عشر من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر الفقرة (١/ ج) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لعام ١٩٧٢ وتعديلاته

ثانيا: أهداف إنشاء المحكمة العليا

١-ضبط الاجتهادات القضائية الصادرة عن الهيئات القضائية المختلفة الصادرة من محاكم الاستئناف، فقبل إنشاء المحكمة العليا كانت هناك كثيرا من الاجتهادات المتضاربة الصادرة عن الهيئات الاستئنافية مما يؤدي إلىٰ اضطراب الاحكام وعدم استقرارها.

٢-إعطاء فرصة ثانية للمتقاضين للنظر في دعاواهم وليس علىٰ درجة واحدة تحقيقا لعدالة أكثر.

٣-صيانة الحق العام وذلك من خلال إنشاء النيابة العامة الشرعية التي من أهم أهدافها رعاية القصر وعديمي الاهلية والحفاظ علىٰ أموالهم.

٤-الفصل بين المحاكم المختلفة عند التنازع في الاختصاص.

ويكون مكان المحكمة العليا في عمان وتتألف من رئيس برتبة وراتب وزير وتنعقد بخمسة من القضاة بما فيهم الرئيس أو من ينيبه بهيئتها العادية.

ثالثا: طبيعة المحكمة العليا الشرعية.

تعد المحكمة العليا الشرعية محكمة مراقبة وقانون وليست درجة من درجات التقاضي، وقد حلت محل محكمة الاستئناف في ذلك، إذ كانت محكمة الاستئناف قبل تعديل القانون محكمة رقابة وقانون.

المطلب الثالث

انعقاد المحكمة العليا

تنعقد المحكمة العليا الشرعية بهيئتين:

الأولى: الهيئة العامة

تنعقد المحكمة العليا الشرعية في هيئة عامة من رئيس وستة قضاة وذلك في

الحالات التالية:

أ-إصرار محكمة الاستئناف علىٰ القرار المنقوض.

ب-إذا كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو علىٰ جانب من التعقيد، أو تنطوي علىٰ أهمية عامة.

ج- إذا رأت إحدىٰ هيئاتها الرجوع عن مبدأ مقرر في حكم سابق صادر عنها.[١]

٢-إذا لم يشترك رئيس المحكمة في هيئة الحكم يرأسها القاضي الأقدم في الهيئة[٢] كما تصدر المحكمة قراراتها بالإجماع أو بالأكثرية.[٣]

الثانية: الهيئة العادية

لا يعتبر الطعن أمام المحكمة العليا الشرعية درجة من درجات التقاضي، إذ أن هذه المحكمة محكمة مراقبة القانون حيث يقبل الطعن أمامها في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف[٤] وذلك خلال ثلاثين يومـًا لتاريخ صدورها إذا كانت وجاهية، ومن اليوم التالي لتاريخ تبليغها إذا كانت قد صدرت تدقيقـًا أو غيابيا أو غيابيا بالصورة الوجاهية، وذلك في الدعاوىٰ المنصوص عليها في الفقرة (أ) و(ب) من المادة (١٤٣) من هذا القانون في الأحوال التالية:

أ- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيـًا علىٰ مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.

---

١) انظر الفقرة (٢/ ج) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لعام ١٩٧٢ وتعديلاته

٢) انظر الفقرة (٣/ ج) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لعام ١٩٧٢ وتعديلاته

٣) انظر الفقرة (٤/ ج) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لعام ١٩٧٢ وتعديلاته

٤) انظر الفقرة (٥/ ج) من المادة الحادية والعشرين من قانون تشكيل المحاكم الشرعية رقم ١٩ لعام ١٩٧٢ وتعديلاته

ب- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.

ج- إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية سواءً أدفع بهذا أم لم يدفع.

د- إذا لم يبن الحكم علىٰ أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه للمحكمة العليا الشرعية بأن تمارس رقابتها.

ه- إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب، أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه.[1]

المطلب الرابع

إجراءات الطعن أمام المحكمة العليا الشرعية

أ- لا يقبل الطعن أمام المحكمة العليا الشرعية علىٰ غير الأحكام الاستئنافية المشار إليها في المادة (١٥٨) من هذا القانون إلا بإذن من رئيس المحكمة العليا الشرعية أو من يفوضه.

ب- علىٰ طالب الإذن بالطعن أمام المحكمة العليا الشرعية أن يقدم الطلب إلىٰ رئيس المحكمة العليا الشرعية خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم إذا كان وجاهياً، ومن اليوم التالي لتاريخ تبليغه إذا صدر تدقيقا أو غيابيا أو غيابيا بالصورة الوجاهية.

ج- علىٰ طالب الإذن بالطعن أمام المحكمة العليا الشرعية أن يبين في طلبه بالتفصيل النقطة القانونية المستحدثة أو التي علىٰ جانب من التعقيد القانوني أو

---

١) انظر المادة ١٥٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

تنطوي على أهمية عامة تحت طائلة رد الطلب شكلاً.[١]

الحالات التي شملتها **المادة (١٥٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية** بخصوص الطعن أمام المحكمة العليا الشرعية:

المادَة (١٥٨) يقبل الطَعن أمام المحكمة العليا الشرعيَة في الأحكام الصَادرة عن محاكم الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدورها إذا كانت وجاهيَة ومن اليوم التالي لتاريخ تبليغها إذا كانت قد صدرت تدقيقا أو غيابيًا أو غيابيًا بالصورة الوجاهيَة وذلك في الدَعاوىٰ المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادَة (١٤٣) وهي:

أولا: إذا كانت قيمة المدعى به سبعة آلاف دينار فأكثر

سواء كان مهرا معجلا أو مؤجلا أو دية بحيث يكون قيمة المحكوم به سبعة آلاف دينار فأكثر.

أمثلة من قرارات المحكمة العليا الشرعية:

- موضوع الطعن: مهر معجل.

الحكم المطعون فيه: القرار رقم ٣٤٤٦/ ٢٠١٦- ١٠٥٦٨٦ تاريخ ١٩/ ٩/ ٢٠١٦ الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية. رقم القرار: ٨/ ٢٠١٧ - ١٤

تبين أن الطاعن (المستأنف) محمد المذكور طلب نظر الاستئناف مرافعة الا أن المحكمة الاستئنافية لم تجبه الىٰ طلبه فيما كان يتعين عليها اجابة طلبه هذا ونظر الدعوىٰ مرافعة أو أن تبرر عدم اجابتها لطلبه بأن تدرج في قرارها أسباب الرفض فكان نعي الطاعن بمخالفتها الفقـرة (ج) من المادة (١٤٣) من قانـون اصول المحاكمات الشرعية نعي سديد في محله وجارح للحكم ذلك أن الفقرة (ب) من

١) انظر المادة مائة وتسعة وخمسين بفقراتها الثلاثة الأولىٰ من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

المادة ١٤٣ قد أوجبت علىٰ محكمة الاستئناف في حال رفضها لطلب المستأنف أو النيابة العامة نظر الاستئناف مرافعة ان تدرج في القرار أسباب الرفض ومؤدىٰ ذلك أن الأصل في حال طلب المستأنف رؤية الاستئناف مرافعة أن تنظره محكمة الاستئناف مرافعة والاستثناء نظره تدقيقـًا يدل علىٰ ذلك أن المادة أوجبت تبرير وبيان أسباب رفض محكمة الاستئناف نظر الاستئناف مرافعة وعدم تعرض محكمة الاستئناف لهذا السبب في حكمها تكون قد خالفت فيه صحيح القانون فلهذه الأسباب: حكمت المحكمة: أولاً: بقبول الطعن شكلاً. ثانيـًا وفي الموضوع: بنقض الحكم الطعين واعادة الدعوىٰ لمحكمة الاستئناف لنظرها مرافعة. ثالثـًا: تضمين المطعون ضده الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً أتعاب المحاماة عن هذا الطعن تحريراً في الثالث والعشرين من جمادىٰ الأولىٰ لسنة الف وأربعمائة وثمان وثلاثين هجرية وفق العشرين من شهر شباط لسنة الفين وسبع عشرة ميلادية.

ثانيا: دعاوى النفقات إذا كان المبلغ المحكوم به للزوجة أو المطلَقة يزيد على مائتي دينار شهريَاً ولأي واحد من الأولاد أو الوالدين أو الأقارب يزيد على مائة ديناراً شهريَاً

أمثلة من قرارات المحكمة العليا الشرعية:

- موضوع الطعن: زيادة نفقة تعليم

الحكم المطعون فيه: القرار الاستئنافي رقم ٢٠١٦/٢٩٦٢ – ١٠٥٢٠٢ الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية بتاريخ ٨/ ٨/ ٢٠١٦

رقم القرار: ٢/ ٢٠١٦ – ٢

إن ما ينعىٰ به الطاعن علىٰ الحكم الطعين بالسبب الثاني من أسباب الطعن بأنه خالف المادة ١٨٤ من قانون الأحوال الشخصية وما استقر عليه القضاء علىٰ أن تعليم الأولاد هو من اختصاص ولي النفس وهو الذي يختار المدرسة التي يدرس



بها ابنه وان الحكم الطعين قد أقر المطعون ضدها الحاضنة في اختيار التعليم والمدرسة.

فيجاب علىٰ هذا النعي بأن المادة ١٨٤من قانون الأحوال الشخصية قد نصت في الفقـرة (أ) منها علىٰ ما يلي: (مع مراعاة أحكام الحضانة للولـــي الحق في الاشراف علىٰ شؤون المحضون وتعهده وفي اختيار نوع التعليم ومكانه وذلك في محل اقامة الحاضنة ولا يجوز نقله من محل اقامتها الا بموافقتها أو لضرورة تحقق مصلحة المحضون) ومؤدىٰ هذه المادة انها قررت أن اختيار نوع تعليم الصغير ومكانه هو حق خاص للولي ولكن هذا الحق شأنه شأن سائر الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعمال الحق وقد نصت المادة المذكورة علىٰ منع صورٍ من صور التعسف في استعمال هذا الحق فمنعت الولي من نقل الصغير من مدرسته الىٰ مدرسة أخرىٰ خارج محل اقامة الحاضنة لأن ذلك نوع من انواع التعسف باستعمال الحق ومن صور التعسف في استعمال الحق في مسألة تعليم الأولاد أن يقوم بتعليم بعض أولاده في مدارس خاصة ويمنع بعض أولاده من الدراسة فيها دون مسوغٍ شرعي أو قانوني أو ضرورة والتعسف بجميع صوره ممنوع شرعـًا وقانونـًا وانه ولئن كان حق الولي في اختيار نوع التعليم فانه هذا الحق مقيد بعدم التعسف فيه وأن الطاعن بتوجيه انذار للمطعون ضدها حاضنة ابنه الصغير تامر بعدم تسجيله بالمدارس الخاصة وقيامه بدفع الرسوم المدرسية للمدرسة المعمدانية التي تدرس بها ابنته من زوجته الأخرىٰ كما هو ثابت من كتاب المدرسة المعمدانية المذكور انما هو صورة من صور التعسف الممنوع شرعـًا وقانونـًا ولا ينال من ذلك ادعاء الطاعن ان زوجته الثانية هي التي سجلت ابنتها في المدرسة المعمدانية وهي التي تدفع رسومها لثبوت قيامه بدفع رسوم ابنته ديما من ماله الخاص نقداً عن العام الدراسي ٢٠١٠/ ٢٠١١ وبموجب شيك بنكي موقع منه عن العام الدراسي

٢٠١١/ ٢٠١٢ وانه قام بتسجيل ابنته ديما لدى المدرسة المعمدانية ودفع القسط الدراسي لها نقداً لعام ٢٠١٠/ ٢٠١١ ودفع القسط المدرسي لعام ٢٠١١/ ٢٠١٢ بموجب شيك بنكي موقع منه وذلك بموجب كتاب المدرسة المعمدانية الذي سبق الاشارة اليه. لهذه الأسباب: حكمت المحكمة: أولاً: نقض الحكم الاستئنافي واعادة الدعوى لمحكمة استئناف عمان الشرعية لتنظرها مرافعة من النقطة التي نقض الحكم بسببها. ثانيــاً: تضمين المطعون ضدها الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً أتعاب محاماة. تحريراً في الرابع والعشرين من صفر لسنة الف وأربعمائة وثمان وثلاثين هجرية وفق الرابع والعشرين من شهر تشرين الثاني لسنة الفين وست عشرة ميلادية.

ثالثا: دعاوى الوقف وإنشاؤه واستبداله والنزاع عليه، والتفريق بين الزوجين للردَة وإباء الإسلام والفقد وفساد العقد وبطلانه، والهبة في مرض الموت، والوصايا، ونفي النَسب، وتصحيح التخارج وإبطاله، والحجر للسفه والغفلة وفكِه

أ-نفي النسب:

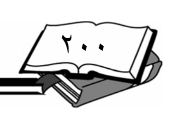
أمثلة من قرارات المحكمة العليا الشرعية:

- موضوع الطعـــــن: نفي نسب.

الحكم المطعون فيه: القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٨٦/ ٢٠١٨-١١٠٣١٦ بتاريخ ١٠/ ١/ ٢٠١٨

رقم القرار: ٣٧/ ٢٠١٨-٨٦

ان ما نعى به الطاعن بالسبب الأول من أسباب الطعن ان محكمة الاستئناف أخطأت بعدم إجابتها لطلب المستأنف رؤية الاستئناف مرافعة فهو نعي سديد، ذلك انه لما كانت دعوى نفي النسب من الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة أ من المادة



(١٤٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي تنظرها المحكمة الاستئنافية في حال طلب الخصم رؤية الاستئناف مرافعة وان عليها ان تجيب طلبه وليس لها حق رفض الطلب ولا يقبل منها تبرير رفض الطلب ولما كانت محكمة الاستئناف قد رفضت طلب المستأنف رؤية الاستئناف مرافعة فتكون قد أخطأت في تطبيق القانون وتأويله وتنكبت صحيح القانون مما يتعين معه نقض حكمها لهذا السبب دون بحث في باقي الأسباب لعدم جدوىٰ بحثها في هذه المرحلة.

فلهذه الأسباب حكمت المحكمة أولا: بقبول الطعن شكلا. ثانيا: في الموضوع: نقض الحكم وإعادة الدعوىٰ لمحكمة استئناف عمان لنظرها مرافعة. تحريرا في الخامس من ذي القعدة لسنة ألف وأربعمائة وتسع وثلاثين هجرية وفق الثامن عشر من تموز لسنة ألفين وثمان عشرة ميلادية.

ب- إبطال التخارج وتصحيحه:

أمثلة من قرارات المحكمة العليا الشرعية:

* موضوع الطعن: ابطال حجتي تخارج

الحكم المطعون فيه: القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية رقم ٢٠٨٧/ ٢٠١٨ - ١١٢٣١٧ تاريخ ١٩/ ٧/ ٢٠١٨.

رقم القرار: ٧١/ ٢٠١٨ – ١٢٠

وفي الموضوع: وحيث أقيم طعن الطاعن علىٰ مخالفة القانون وأنه لم يبن علىٰ أساس قانوني، ونعىٰ فيها الطاعن علىٰ محكمة الاستئناف (عدم اجابتها لطلبه السماح له برؤية الدعوىٰ أمامها مرافعة كما جاء في طلباته في لائحة الاستئناف، وأنه مخالف للأصول القانونية) وهذه المحكمة تقصر النظر علىٰ هذا السبب من أسباب الطعن لأن باقي الأسباب يتعذر بحثها في هذه المرحلة، وحيث تبين أن محكمة الاستئناف لم تتعرض في قرارها المطعون عليه لطلب الطاعن رؤية الدعوىٰ مرافعة

مع أن دعوىٰ (ابطال تخارج) من الدعاوىٰ المذكورة في منطوق المادة (١٤٣/ أ/ ٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية وهي من الدعاوىٰ التي يتعين رؤيتها مرافعة اذا طلب أحد الخصوم نظرها مرافعة، وحيث لم تفعل محكمة الاستئناف ذلك، فتكون قد تنكبت صحيح القانون، ويتعين نقض الحكم. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة: قبول الطعن شكلاً. وفي الموضوع: نقض الحكم المطعون فيه، وإعادة الدعوىٰ لمحكمة استئناف عمان لنظرها مرافعة. تضمين المطعون ضدها الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً أتعاب محاماة عن هذا الطعن. تحريراً في الحادي عشر من ربيع الأول لسنة الف وأربعمائة وأربعين هجرية وفق التاسع عشر من شهر تشرين الثاني لسنة الفين وثماني عشرة ميلادية.

ج- الحجر للسفه والتبذير:

أمثلة من قرارات المحكمة العليا الشرعية:

- موضوع الطعن: الحجر للسفه والتبذير.

الحكم المطعون فيه: القرار رقم ١٧٥٨/ ٢٠١٦ - ٢٠٦٤٤ تاريخ ٢٥/ ٩/ ٢٠١٦ الصادر عن محكمة استئناف اربد الشرعية.

رقم القرار: ٦/ ٢٠١٦-٦

أما موضوعـاً: فان البحث في أسباب الطعن المذكورة يتوقف علىٰ الفصل بما ورد بجلسة ٢/ ٥/ ٢٠١٦ علىٰ لسان وكيل الطاعن المذكور من أن المطعون ضده المذكور أصبح يعاني من مرض الخرف الشيخي الشديد ولا يستطيع ادارة شئونه الذاتية والمالية بنفسه ذلك لأن هذا الادعاء يتعلق بصحة خصومة المطعون عليه في الدعوىٰ وهي من النظام العام يتوقف علىٰ صحتها صحة اجراءات المحاكمة وبالتالي صحة الحكم الصادر في الدعوىٰ وهو أمر تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا عملاً بالمادة ١٦٥/أ من قانون أصول

المحاكمات الشرعية التي تنص علىٰ: «اذا كان في الحكم والاجراءات المتخذة في الدعوىٰ مخالفة صريحة للشرع الحنيف أو لحق من حقوق الله تعالىٰ أو للقانون أو كان في اجراءات المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة فعلىٰ المحكمة العليا الشرعية ان تقرر نقضه ولو لم يأت الطاعن والمطعون ضده في اللوائح المقدمة منهما علىٰ ذكر المخالفة المذكورة».

فكان علىٰ المحكمة التحقق من صحة خصومة المطعون ضده في الدعوىٰ بالوجه الشرعي قبل سؤال المطعون ضده أو وكيله عن الدعوىٰ والسير بها حسب الأصول، ذلك لأن الدعوىٰ التي رفعها الطاعن علىٰ المطعون ضده بادعائه المذكور (الحجر للخرف الشيخي) ردت شكلاً لعدم الاختصاص المكاني ولم يصدر بموضوعها حكم منه للخصومة حسبما تصادق عليه وكيلا الطرفين كما انه وعلىٰ فرض ان ما ورد في صورة ملف الدعوىٰ رقم ٤٣٢/ ٢٠١٥ وصورة التقرير الطبي الصادر من لجنة طبية بحالة المطعون ضده العقلية السالف البيان الموجود في ملف الدعوىٰ المنظورة من ان المطعون ضده مدرك لكنه اقواله وافعاله وأهل للخصومة لا يصح الاعتماد عليهما لأنه لم يتم اداء الشهادة من اللجنة الطبية علىٰ التقرير الطبي المذكور ولم يقترن في الدعوىٰ المذكور حكم منه للخصومة فيها وانما تم اسقاطها قبل الفصل في موضوعها – ولما لم تتحقق المحكمة من صحة خصومة المطعون ضده مما يتعين معه نقض الحكم.

لهذه الأسباب: حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه واعادة الدعوىٰ لمحكمة الاستئناف لنظرها مرافعة تحريراً في الثاني والعشرين من ربيع الأول لسنة الف وأربعمائة وثمان وثلاثين هجرية وفق الثاني والعشرين من شهر كانون الأول لسنة الفين وست عشرة ميلادية.

٤. الدَعاوى التي تعاد إليها منقوضة من المحكمة العليا الشرعيَة

فأي دعوىٰ تعاد منقوضة من المحكمة العليا الشرعية وجب علىٰ محكمة

الاستئناف الشرعية أن تنظرها مرافعة وهناك قرارات كثيرة تم نقضها من قبل المحكمة العليا الشرعية وهذه القرارات المنقوضة تلزم محكمة الاستئناف الشرعية بحكم القانون أن تنظر الدعوىٰ مرافعة بحضور طرفي الدعوىٰ.

كما أن هناك حالات يكون للمحكمة العليا الشرعية الحق في نظر الدعاوىٰ وهذه الحالات:

أ-إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله

وقد صدر عن المحكمة العليا الشرعية قرارات كثيرة في هذا الباب نذكر منها علىٰ سبيل المثال:

أمثلة من قرارات المحكمة العليا الشرعية:

- موضوع الطعن: مطالبة بدين علىٰ تركة.

الحكم المطعون فيه: القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة استئناف عمان الشرعية رقم٣٢٩٢/ ٢٠١٨-١١٠٠٤٢ بتاريخ ٣/ ١٢/ ٢٠١٧

رقم القرار: ٦٥/ ٢٠١٨-١١٤ حيث انه من المقرر علىٰ ما جرىٰ عليه قضاء هذه المحكمة أن للمحكمة العليا الشرعية التعرض لما يرد في الحكم المطعون به من خطأ في الإجراءات المتخذة في الدعوىٰ إذا خالفت صريح الشرع الحنيف أو لحق من حقوق الله تعالىٰ أو للقانون أو كان في إجراءات المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة ولو لم يأت الطاعن والمطعون ضده علىٰ ذكره في اللوائح المقدمة منهما، ولما كانت المحكمة الابتدائية قد استندت في حكمها إلىٰ مضاهاة السند العرفي الذي أجراه الخبير الفني وأيدتها محكمة الاستئناف علىٰ ذلك ولما كان الخبير الفني قد أجرىٰ عملية المضاهاة علىٰ سندات هي عبارة عن استدعاءات وان كان بعضها مقدماً إلىٰ جهة رسمية غير ان مثل هذه الاستدعاءات غير موقع

عليها أمام الموظف المسؤول وغير مصادق عليها من قبله لاعتمادها وبالتالي لا تصلح لإجراء المضاهاة عليها لأنها ليست من السندات المنصوص عليها في المادة ٨٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية التي بينت الأوراق التي تصلح لإجراء المضاهاة عليها فيكون قرار الخبير الفني في إجراء معاملة التطبيق والمضاهاة علىٰ المستند العرفي المذكور غير متفق مع أحكام القانون ولان وزن هذه البينة يدخل في صلاحية هذه المحكمة العليا الشرعية باعتبار ان البينة متعلقة بتطبيق نص قانوني فلها ان تتدخل في ذلك ويكون استناد المحكمة الابتدائية له في حكمها ومتابعة المحكمة الاستئنافية لها غير صحيح مما يتعين معه نقض الحكم.

فهذه الأسباب: حكمت المحكمة:

١ .بقبول الطعن شكلا.

٢. وفي الموضوع: نقض حكم محكمة استئناف عمان وإعادته لها لنظر الدعوىٰ مرافعة.

٣- تضمين المطعون ضده الرسوم والمصاريف وخمسين ديناراً أتعاب محاماة عن الطعن. تحريرا في الاول من صفر لسنة ألف وأربعمائة وأربعين هجرية وفق العاشر من تشرين الأول لسنة ألفين وثمان عشرة ميلادية.

ب-إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثَر في الحكم.

ج- إذا صدر الحكم نهائيًا خلافًا لحكم اخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغيَر صفاتهم وتعلَق النزاع بالحقِ ذاته محلاً وسبباً وحاز قوَة القضيَة المقضيَة سواء أدفع بهذا أم لم يدفع.

د- إذا لم يبن الحكم علىٰ أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه للمحكمة العليا الشرعيَة بأن تمارس رقابتها.

هـ - إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر ممَا طلبوه.

المبحث الخامس

طريقة الطعن أمام المحكمة العليا الشرعية

أولا:

أ- تقدم لائحة الطعن مطبوعة إلىٰ محكمة الاستئناف الشرعية التي أصدرت الحكم وبعد استيفاء الرسم المقرر وتبليغ اللائحة إلىٰ المطعون ضده ترفع القضية والأوراق المتعلقة بها إلىٰ المحكمة العليا الشرعية علىٰ أن تتضمن اللائحة ما يلي:

١ - اسم الطاعن ووكيله وعنوانه للتبليغ.

٢- اسم المطعون ضده ووكيله وعنوانه للتبليغ.

٣- اسم المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه وتاريخه ورقم الدعوىٰ التي صدر فيها.

٤- تاريخ تبليغ الحكم إلىٰ الطاعن إذا لم يكن وجاهيا.

٥- أسباب الطعن واضحة وفي بنود مستقلة ومرقمة، وعلىٰ الطاعن أن يبين طلباته، وله أن يرفق بلائحته مذكرة توضيحية حول أسباب الطعن.

ب- ترفق لائحة الطعن بنسخ إضافية بعدد المطعون ضدهم.

ج- يبلغ المطعون ضده بنسخة من لائحة الطعن مرفقة بصورة الحكم المطعون فيه، وله أن يقدم لائحة جوابية خلال عشرة أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه، وله أن يرفق بها مذكرة توضيحية مطبوعة.[1]

ثانيا:

أ- يرد كل طعن لم يقدم خلال ميعاد الطعن، أو لم يكن الرسم مدفوعا عنه.

---

١) انظر المادة مائة وستين بفقراتها الثلاث من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

ب- يجوز للمحكمة العليا الشرعية عند النظر في الطعن أن تسمح للطاعن بإكمال الرسم إذا ظهر لها انه كان ناقصا، ويرد الطعن في حالة تخلف الطاعن عن دفع باقي الرسم المستحق خلال المدة التي تعينها المحكمة.[١]

ثالثا:

أ-تنظر المحكمة العليا الشرعية في محضر الدعوىٰ واللوائح التي قدمها الفرقاء وسائر أوراق الدعوىٰ تدقيقـًا إلا إذا قررت من تلقاء نفسها أو بناءً علىٰ طلب أحد الفرقاء النظر فيها مرافعةً ووافقت علىٰ ذلك.

ب- إذا قررت المحكمة النظر في الدعوىٰ مرافعةً تعين يومـًا للمحاكمة وتدعو الفرقاء للحضور فيه.[٢]

رابعا:

أ-في اليوم المعين تباشر المحكمة العليا الشرعية رؤية الدعوىٰ بحضور من حضر من محامي الفرقاء وبعد أن تستمع لمرافعات الحاضر منهم وتستوضح ما ترىٰ ضرورة لاستيضاحه تدقق في القضية وتصدر قرارها.

ب -لا يقبل من أي من الفرقاء أن يترافع أمام المحكمة العليا الشرعية إلا بواسطة محام وإذا لم يحضر محامي أي فريق في الجلسة تنظر المحكمة في القضية وفق محضر المحاكمة واللوائح والأوراق الموجودة وتصدر قرارها.

ج -إذا لم تتمكن المحكمة العليا الشرعية من فصل القضية في الجلسة ذاتها تؤجل رؤيتها إلىٰ جلسة أخرىٰ وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم وإما بنقضه وإعادته

---

١) انظر المادة مائة وإحدىٰ وستين بفقرتيها (أ)و(ب) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة واثنين وستين بفقرتيها (أ)و(ب) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦



للمحكمة التي أصدرته سواء احضر محامو الفرقاء هذه الجلسة أو ما يتلوها من جلسات أم تخلفوا جميعهم أو بعضهم.(١)

خامسا:

للمحكمة العليا الشرعية أن تحكم في الدعوىٰ دون أن تعيدها إلىٰ مصدرها إذا كان الموضوع صالحًا للحكم، والحكم الذي تصدره بهذه الصورة لا يقبل أي اعتراض أو مراجعة.(٢)

سادسا:

أ-إذا كان في الحكم والإجراءات المتخذة في الدعوىٰ مخالفة صريحة للشرع الحنيف أو لحق من حقوق الله تعالىٰ أو للقانون أو كان في إجراءات المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة فعلىٰ العليا الشرعية أن تقرر نقضه ولو لم يأتِ الطاعن والمطعون ضده في اللوائح المقدمة منهما علىٰ ذكر المخالفة المذكورة.

ب -إذا كانت المخالفة تتعلق بحقوق الخصوم فلا تكون سببًا للنقض إلا إذا اعترض عليها في المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وأهمل الاعتراض في أي منها ثم أتىٰ أحد الفريقين علىٰ ذكره في لائحة الطعن وكان من شأنها أن تغير وجه الحكم.

ج- إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفته قواعد الاختصاص تقتصر المحكمة علىٰ الفصل في مسألة الاختصاص، وعند الاقتضاء تعين المحكمة المختصة في نظر الدعوىٰ.(٣)

---

١) انظر المادة مائة وثلاثة وستين بفقراتها الثلاث من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وأربعة وستين من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٣) انظر المادة مائة وخمسة وستين بفقراتها الثلاث من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦



سابعا:

أ-إذا نقض الحكم بسبب:

١- وقوع خطأ في إجراءات المحاكمة يعتبر النقض شاملاً لذلك القسم من الإجراءات التي وقعت بعد السبب الذي أوجب النقض.

٢- كونه مغايرا للقانون يترتب علىٰ المحكمة التي أعيد إليها أن تدعو الفريقين وتصحح حكمها بمواجهتما.

ب - إذا نقض الحكم الأخير من الحكمين المتناقضين فلا يبقىٰ لزوم لرؤية الدعوىٰ الثانية. أما إذا نقض الحكمان كلاهما فيجب إعادة الدعوىٰ إلىٰ المحكمة المختصة للنظر والفصل فيها من جديد.[1]

ثامنا:

أ-إذا نقض الحكم المطعون فيه وأعيد إلىٰ المحكمة التي أصدرته وجب عليها أن تدعو الفرقاء في الدعوىٰ للمرافعة في موعد تعينه للنظر في الدعوىٰ.

ب- في اليوم المعين لنظر الدعوىٰ تتلو المحكمة قرار المحكمة العليا الشرعية المتضمن نقض الحكم وتسمع أقوال الفرقاء بشأن قبول النقض أو عدم قبوله ثم تقرر قبول النقض أو الإصرار علىٰ الحكم السابق فإذا قررت القبول تسير في الدعوىٰ بدءاً من النقطة المنقوضة وتفصل فيها، وإذا قررت الإصرار علىٰ حكمها السابق للعلل والأسباب التي استندت إليها في الحكم المنقوض واستدعىٰ احد الطرفين طالبا الطعن علىٰ قرار الإصرار يجوز للمحكمة العليا الشرعية أن تدقق فيه مرة ثانية وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم أو نقضه فإذا قررت نقضه للأسباب التي أوجبت النقض الأول تعيد الدعوىٰ إلىٰ المحكمة

---

١) انظر المادة مائة وستة وستين بفقرتيها (أ)و(ب) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

التي أصدرت الحكم فيه وعندئذٍ يترتب عليها أن تمتثل لهذا القرار أو تنظر المحكمة العليا الشرعية الدعوىٰ مرافعة وتفصل فيها ويكون الحكم الذي يصدر بهذه الصورة غير قابل لاعتراض أو مراجعة.(١)

تاسعا:

تصدر المحكمة العليا الشرعية قراراتها بالإجماع أو بالأكثرية علىٰ أن تتضمن هذه القرارات ما يلي:

أ- اسم الفرقاء ووكلائهم وعناوينهم..

ب- خلاصة وافية للحكم المطعون فيه.

ج- الأسباب التي أوردها الطرفان للطعن في الحكم أو لتأييده.

د-القرار الذي أصدرته المحكمة العليا الشرعية بتأييد الحكم أو نقضه، والحكم في القضية مع بيان أسباب النقض، أو الحكم والرد علىٰ أسباب الطعن التي لها تأثير في جوهره سواء في تأييده أو نقضه.

ه- تاريخ صدور القرار.(٢)

حجية أحكام المحكمة العليا الشرعية:

أ- لا يجوز الطعن في أحكام المحكمة العليا الشرعية بأي طريق من طرق الطعن.

ب-علىٰ الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة يجوز للمحكمة العليا الشرعية إعادة النظر في قرارها الصادر في أي قضية إذا تبين لها انه قد تم ردت الطعن استنادا لأي سبب شكلي خلافا لحكم القانون بما في ذلك القرارات الصادرة عن

---

١) انظر المادة مائة وسبعة وستين بفقرتيها (أ)و(ب) من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

٢) انظر المادة مائة وثمانية وستين بفقراتها الخمسة من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتىٰ عام ٢٠١٦

رئيس المحكمة العليا الشرعية أو من يفوضه والمتعلقة برد طلب منح الإذن.[١]

١) انظر المادة مائة وتسعة وستين بفقراتها الخمسة من قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم ٣١ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته حتى عام ٢٠١٦



الباب الثاني

الدفــوع




الفصل الأول

تعريف الدفع

في اللغة والاصطلاح




المبحث الأول

تعريف الدفع في اللغة

مادة (دفع) فيقال دفع إليه شيئًا ودفعه فاندفع وتعني قطع، ودفَعَ يَدفَع دَفْعًا، فهو دافِع، والمفعول مَدْفوع، ودَفَعَ كُلَّ الحِسَابِ: أَدَّاهُ دَفَعَ الثَّمَنَ غَالِيًا ودَفَعَهُ عَنْ عَمْدٍ إِلَىٰ الهَلاكِ: أَلْقَىٰ بِهِ، ودَفَعَ إلىٰ فلانٍ دَفَعَ دَفْعًا :انتهىٰ إليه، ودفَع الشَّيءَ: نحّاه وأبعده وردّه وتعني درء الشر، فيقال دافع الله عنك السوء أي طلب منه درء السوء.[1]

١) تهذيب اللغة ٢/ ١٣٧ ومنتخب من صحاح الجوهري ١/ ١٥٦٢



المبحث الثاني
تعريف الدفع في الاصطلاح

يعرف جمهور الفقهاء الدفوع بأنها: جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها للإجابة على دعوى خصمه، لإثبات أن ادعاءه على غير أساس، ذلك بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الخصومة أو بعض إجراءاتها، أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه.

وعرفها قراعة: بأنها دعوى من قبل المدعى عليه (أو ممن ينتصب المدعى عليه خصما عنه) يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي).[١]

والدفع أو الدفوع: هو مصطلح قانوني يستخدم في الإجراءات القضائية المتبعة في المحاكم، والمقصود بالدفع كإجراء قضائي هو ما يقدمه ويجيب به الخصم على مطالب خصمه بقصد تفادي الحكم له بها، أي من خلال هذه الدفوع يدافع الخصم عن نفسه أو ماله محاولاً منع صدور أي حكُم ضده أو تأخير صدور هذا الحكم بحقه.

وقد عرفت محكمة النقض الدفع في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بقولها: (الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد به دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعى بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى الدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانيا).

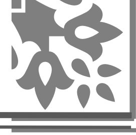
---

١) ملخص الأصول القضائية، محمود قراعة، ص ٥٩




الفصل الثاني

أنواع الدفوع

التكييف القانوني الصحيح:

يقصد بتكييف الدفع تحديد نوعه، والدفوع كما سيرد أنواع ثلاث (شكلية - موضوعية - دفوع بعدم القبول) هذا التعدد والاختلاف يعني -بداهة- أن لكل نوع من هذه الأنواع أحكام خاصة به تنطبق عليه دون سواه من الدفوع، لذا لا بد من تحديد أنواع الدفوع لأنها مسألة غاية في الأهمية:

المبحث الأول
الدفوع الموضوعية

المطلب الأول
ماهية الدفوع الموضوعية

هي الوسائل التي يتنازع بها المدعىٰ عليه الحق المدعىٰ به في الدعوىٰ فنلاحظ أن الدفع الموضوعي موجه إلىٰ الحق موضوع الدعوىٰ، أي إنه ينصب علىٰ الحق الموضوعي كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء، أو بالمقاصة القانونية.

فهي الإجراء الذي يتقدم به المدعىٰ عليه للمحكمة لإثبات أن ادعاء خصمه علىٰ غير أساس، وفي تعريف مقارب قيل في تعريف الدفع الموضوعي هو كل ما يعترض به المدعىٰ عليه علىٰ الحق المطلوب حمايته.

الدفع الموضوعي يوجه الىٰ ذات الحق المدعىٰ به كأن ينكر وجودة او يزعم سقوطه او انقضاؤه كالدفع ببطلان سند الدين او بتزوير سند الدين او الدفع بانقضاء الدين بالوفاء.

فالدفوع الموضوعية تشمل كل دفع يترتب علىٰ قبوله رفض طلب المدعىٰ، ولهذا لا يتصور حصرها، ومن ناحية اخرىٰ، هذه الدفوع تتعلق بأصل الحق لذا تنظمها القوانين المقررة للحقوق

وتختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوىٰ المدعىٰ عليه في انها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يرمىٰ بها المدعىٰ عليه الىٰ تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه دون ان يقصد الحصول منه علىٰ ميزه خاصة، ففي دعوىٰ التعويض مثلا: اذا انكر المدعي عليه صور ضرر فهو يبدي دفعا موضوعيا، اما اذا طالب بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعي يكون قد تقدم بطلب عارض.

المطلب الثاني
هل يمكن تعداد الدفوع الموضوعية؟

الحديث عن الدفوع الموضوعية هو حديث عن كم لا متناهي من الدفوع فاختلاف الحقوق (موضوع الدعاوىٰ) من شأنه أن يودي إلىٰ تعداد لا يحصىٰ من هذه الدفوع، وفي مقام التعرض لحصر الدفوع الموضوعية ومدىٰ إمكانية ذلك نرىٰ التعرض لأهم خصائص الدفوع الموضوعية:

أولا: أن الدفوع الموضوعية لا تقع تحت حصر، فهي تختلف من دعوىٰ الي أخرىٰ حسب نوع وماهية الحق المطالب به.

ثانياً: أن المشرع لم يتطلب في إبداء الدفوع الموضوعية ترتيب محدد، أو زمن معين لإبداء الدفع اللهم تلك القواعد العامة التي تحكم إبداء الدفوع والطلبات عموماً من حيث كون الدفع أو الطالب واضح محدد مصمم عليه، ولذا يجوز إبداء الدفوع الموضوعية في مرحلة الاستئناف.

المطلب الثالث
تكييف الدفع الموضوعي

يستقل قاضي الموضوع بتكييف الدفع الموضوعي والوقوف عما إذا كان ما أبداه الخصم يعد دفعاً موضوعياً أم طلباً عارضاً، وتكون في ذلك بحقيقية الادعاء في الدفع وقصد المتمسك بغض النظر عن ظاهره، فإذا كان الخصم يريد بالادعاء حسم النزاع في موضوع الدعوىٰ الأصلية فحسب يكون ادعاءه دفعاً موضوعياً.

وهذا الدفع يشمل ما يلي:

١-إنكار الوقائع المنشئة التي تمسك بها المدعىٰ كأساس لطلبه، أو إنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعىٰ إلىٰ هذه الوقائع، كما لو أنكر المدعىٰ عليه -في

دعوىٰ دائنيه- العقد مصدر الالتزام، أو أنكر أنه يلتزم -كما هو مدعىٰ به- وفقًا لهذا العقد.

٢-التمسك بواقعة معاصرة للواقعة التي يثيرها المدعىٰ كأساس لحقه، ويكون من شأن ذلك الحيلولة دون ترتيب واقعة الدعوىٰ لآثارها كلها أو بعضها. ومثال ذلك تمسك المدعىٰ عليه بصورية العقد أو بإبطاله للغلط.

٣-التمسك بواقعة من شأنها إنهاء آثار الواقعة للحق الذي يدعيه المدعىٰ، كالتمسك بالوفاء أو بتقادم حق المدعىٰ أو بسقوطه.

المطلب الرابع
أمثلة من الدفوع الموضوعية
في المواد المدنية والشرعية

أمثلة الدفوع الموضوعية في المواد النظامية:

أولا: الدفع بالتقادم

المقصود بالتقادم:

التقادم المسقط هو سكوت شخص عن مطالبته بالدين، لمدة زمنية محددة، بعد أن يصبح الدين حال الأداء. أو امتناعه عن مطالبته بحق من حقوقه سواء أكانت الحقوق شخصية أو عينية.

فيؤدي ذلك لانقضاء الالتزام، وبالتالي لا يمكن أن يتم إجبار المدين علىٰ الدفع. بحيث يتحول الدين من التزام قانوني واجب الوفاء لالتزام طبيعي جائز الوفاء.

وبالتالي ينتفي عنصر المسؤولية ويقتصر علىٰ عنصر المديونية فقط. وهذا التقادم يرتكز بصورة جوهرية علىٰ المدة، إذ لا يستطيع الدائن أن يرفع دعوىٰ

للمطالبة بدينه من خلال دعوىٰ قضائية. وتجدر الإشارة الىٰ أن التقادم من النظام العام، ومن غير الجائز الاتفاق علىٰ خلاف ذلك.

والقانون المدني الأردني قد أخذ بالتقادم المسقط للدعوىٰ. كأحد أسباب انقضاء الحق ضمن المواد (٤٤٩ – ٤٦٣). وقد اعتمد بأحكامه علىٰ مجلة الأحكام العدلية وبالتالي لا يسقط الحق بالتقادم، بل إنه لا تسمع دعوىٰ الحق بمرور مدة محددة.

ويتقادم الحق بانقضاء ١٥ سنة، وتحسب مدة التقادم بالأيام وليست بالساعات. كما أنه لا يحسب اليوم الأول، وفيما يتعلق باكتمال المدة فتكون بانقضاء آخر يوم منها، إلا بحال كان عطلة رسمية، فيمتد لليوم التالي، حسب المادة (٤٥٦) من القانون المدني الأردني. وتجدر الإشارة إلىٰ أنه لا يبدأ سريان التقادم بما لم يرد فيه نص خاص، إلا منذ اليوم الذي يصبح أداء الدين فيه مستحقـاً.

متى يسقط التقادم؟

إن الحقوق المدنية تتقادم بمرور (١٥) سنة، دون وجود عذر ما وهذه عبارة عن قاعدة عامة. بالتالي يمكن أن تطول أو تقصر بحال وجود نص قانوني خاص يتعلق بمسألة معينة. ومن الجدير بالذكر هو أنه بحال أقر المدين وجود حق عليه وبأن ذمته مشغولة بالدين، فلن يكون هناك أي أثر للتقادم.

قضت محكمة النقض المصرية بأن: [الدفع بالتقادم هو دفع موضوعي يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوىٰ ولأول مرة في الاستئناف والنزول عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن].

ثانيا: الدفع بانفساخ العقد

العقد إيجاب من أحد المتعاقدين يتعلق به قبول من الآخر أو ما يدل عليهما علىٰ وجه يترتب أثره في المعقود عليه (المحل) ويترتب علىٰ العقد التزام كل من

المتعاقدين بما وجب به للآخر، ولا يشترط التقيد بصيغة معينة بل المعتبر ما يدل علىٰ التراضي.

الفسخ هو نقض العقد وهو الرباط بين المتعاقدين، أو هو فك ذلك الترابط، وهو كذلك إزالة للترابط، وتفريق له، وطرح له، فعلىٰ هذا يكون فسخ العقد من إضافة الشيء إلىٰ نقيضه، فالفسخ والعقد معنيان متناقضان.

أما المفهوم العام فقد جاء ذلك في تعريف الدكتور علي حسن الذنون حيث عرفه بأنه: انقضاء الرابطة التعاقدية لاستحالة التنفيذ أو الامتناع عنه أو للإخلال به، ونفس التعريف السابق جاء به الدكتور محمد رفعت الصباحي إبراهيم.

يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء، أي واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب علىٰ أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر، فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع.

يختلف أو يتميز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ في عدة أمور نبينها فيما يلي:

يتمثل وجه الاختلاف الأول بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ، في كون الفسخ يمثل وسيلة هجومية من الدائن في مواجهة المدين، إما لحمله علىٰ التنفيذ إذا أراد جني ثمرة العقد، وإما لحرمانه من ثمرة التعاقد إذا ما أصر علىٰ امتناعه وتقاسيه عن التنفيذ، وذلك عن طريق فسخ العقد، في حين يمثل الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط دفاعية وليست هجومية، إذ يدفع بها الدافع بعدم التنفيذ في مواجهة المطالب بالتنفيذ والذي لم ينفذ التزامه؛ وذلك حتىٰ لا يجد الدافع نفسه مضطرا إلىٰ التنفيذ، في حين أن الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزامه.[1]

---

١) د علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ ولتفاسخ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، مصر، س٢٠٠٦، ص ٣٢٥

ب- يختلف الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ في الأثر القانوني المترتب علىٰ كل منهما، فالأثر المترتب علىٰ الدفع بعدم التنفيذ أثر مؤقت يتمثل في وقف تنفيذ العقد، بينما الأثر المترتب علىٰ الفسخ أثر نهائي يتمثل في حل الرابطة العقدية.[١]

ج- ويتميز الدفع بعدم التنفيذ عن الفسخ، في أن الفسخ باعتباره إنهاء الالتزام والرابطة العقدية بين المتعاقدين، يحتاج أحيانا إلىٰ دعوىٰ للحصول علىٰ قرار قضائي لفسخ الرابطة العقدية، بينما الدفع بعدم التنفيذ يعد امتناعا مشروعا عن الوفاء، الذي يكون فيه معارضة من الطرف المقابل، المطالب بالتنفيذ استنادا إلىٰ إخلاله بالالتزام، وهذا الامتناع بحد ذاته سلوك سلبي لا يحتاج إلىٰ دعوىٰ مستقلة لحمايته وإقراره.[٢]

ومع ذلك، فإن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يقتصر أثره -في عقود المدة- علىٰ مجرد تأجيل التنفيذ، بل إنه ينقص من كم التزام المتعاقد بقدر مدة استعمال الدفع بعدم التنفيذ، أي إن الوقف يمحو جزءا من أصل الالتزام بصفة نهائية، وهذا يعد بمثابة فسخ العقد في هذه الحدود.[٣]

د- يؤذي الفسخ إلىٰ حل العقد وإزالة آثاره، وذلك إذا ما قضي به في الفسخ القضائي أو تمسك الدائن بإيقاعه بناء علىٰ الشرط الصريح الفاسخ في الفسخ الاتفاقي، فالفسخ يؤدي إلىٰ فقدان الآمال المرجوة والمعقودة لدىٰ طرفي العقد من وراء

---

١) د زينب سالم، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر – بسكرة، الجزائر، س ٢٠١٨ – ٢٠١٩، ص ٥٣

٢) د منصور عبدالله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، رسالة دكتوراه، جامعة حزيران، الأردن، س ٢٠٠٥، ص ٦٤؛ وكذلك في نفس المعنىٰ: أ. أحمد حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، س٢٠١١، ص ١٤

٣) د رمزي فريد محمد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني المصري مقارنًا بالقانون الإماراتي والفرنسي، مكتبة الجلاء، المنصورة، مصر، س٢٠٠٠، ص ٣١

إبرامه.

أما الدفع بعدم التنفيذ فهو أقل خطرا من الفسخ، إذ لا يؤدي إلىٰ حل العقد وإزالة آثاره، وإنما هو علاج مؤقت لمشكلة قائمة مؤداها مطالبة أحد العاقدين الآخر بالتنفيذ في حين لم ينفذ المطالب التزامه، مما يجعله يدفع في مواجهته بعدم التنفيذ، وهو ما يترتب عليه الوقف المؤقت للعقد دون أن يقضي عليه تماما، ودون أن يؤدي إلىٰ انحلال العقد وإزالته، فالدفع بعدم التنفيذ لا يؤدي إلىٰ حسم المشكلة تماما، بل هو علاج مؤقت، بخلاف الفسخ الذي يؤدي إلىٰ وجود وضع محدد ونهائي لعدم التنفيذ من جانب أحد طرفي العقد.[1]

هـ- الدفع بعدم التنفيذ لا يحتاج إلىٰ إعذار الطرف الآخر؛ ذلك أنه مستند إلىٰ امتناع أو إخلال الطرف المطالب بما عليه من التزام تجاه المتمسك بالدفع، وحقيقة الدفع بعدم التنفيذ أنه قائم علىٰ امتناع الامتناع، فلا يحتاج إلىٰ إعذار الطرف المثار بمواجهته الدفع بعدم التنفيذ، فامتناع المؤجر عن تسليم المستأجر للعين المؤجرة استنادا إلىٰ إخلال المستأجر بالتزامه متمثلا بعدم الوفاء بالأجرة المعجلة، لا يحتاج إلىٰ إعذار مسبق من قبل المؤجر؛ ذلك أن سلوكه المتمثل في امتناعه عن تسليم محل العقد إعذار كاف للمستأجر بوجوب الوفاء بالالتزام، المترتب عليه أولا.

بينما طلب الفسخ لا بد فيه من إعذار الطرف الآخر في بعض الأحيان؛ ليعتبر وينتج **أثره، لأن الفسخ إزالة للرابطة العقدية، وقد يلحق الطرف المقابل ضرر من هذه** الإزالة، فكان لا بد من إعذاره ليتدارك الأمر إن أمكن.[2]

---

١) د علاء السيد محمود الزاهي، انحلال الرابطة العقدية بالفسخ والانفساخ والتفاسخ، مرجع سابق، ص ٣٢٥

٢) د، منصور عبدالله الطوالبة، الدفع بعدم تنفيذ الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٥، وكذلك د رمزي فريد محمد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، مرجع سابق، ص٢٨

و- يجوز للمتعاقد الذي يتم الاستجابة إلىٰ طلب الفسخ الذي قمه: أن يطلب -فضلا عن ذلك- الحصول علىٰ تعويض نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، وذلك علىٰ أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أنه لو اقتصر المتعاقد علىٰ الدفع بعدم التنفيذ وأصابه ضرر بعد ذلك فإنه لا يستطيع الحصول علىٰ تعويض من المتعاقد الآخر؛ لأن المسؤولية بنوعيها العقدية والتقصيرية غير متوافرة في مثل هذه الحالة.[١]

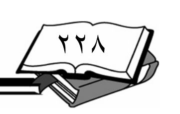
نماذج من الدفوع الموضوعية في الأحوال الشخصية:

دفع الام في (دعوى نفي النسب) بأنها جاءت به على فراش الزوجية الصحيحة:

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن: [متىٰ كان الواقع في الدعوىٰ أن المطعون عليه الأول أقامها منكراً نسب ابنة الطاعنة إليه فدفعتها هذه الأخيرة بأنها رزقت بها منه علىٰ فراش زوجية بموجب عقد عرفي فقد منها، ولما كان الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوىٰ من قبل المدعىٰ عليه، أو ممن ينتصب المدعىٰ عليه خصماً **عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوىٰ المدعىٰ، بمعنىٰ أن المدعىٰ عليه يصير مدعياً إذا أتىٰ بدفع، ويعود المدعىٰ الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع، فإن ما جرىٰ عليه الحكم المطعون فيه من التحقيق من ثبوت الزوجية بالفراش ومن تكليف الطاعنة إثبات توصلاً لثبوت النسب باعتبارها مدعية فيه مع أن الدعوىٰ مقامة أصلاً بإنكار النسب من المطعون عليه الأول، يتفق مع المنهج الشرعي السليم]**.

---

١) أحمد حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، س٢٠١١، ص١٤-١٥



الدفع المقدم من المدعى عليه بنشوز زوجته التي تطالبه بالنفقة:

الدفوع المثارة من قبل المدعى عليه:

أولا - النشوز

للنشوز صورتان:

الأولىٰ: هو ترك منزل الزوجية بلا سبب شرعي موجب.

الثانية: منع الزوجة زوجها من الدخول إلىٰ بيتها قبل طلبها النقلة إلىٰ بيت آخر.

وهناك صورة أخرىٰ تتمثل في رفض الزوجة الزفاف إلىٰ زوجها الذي لم يدخل بها بعد دون سبب موجب.

ملاحظات حول دفع النشوز:

الملاحظة الأولىٰ: إن مجرد الدفع بالنشوز لا يعتبر دفعا مقبولا لدعوىٰ طلب النفقة، لان مطلق خروج الزوجة من مسكن الزوجية الشرعي لا يحرمها من نفقتها الواجبة عليه، والمدار الشرعي في استحقاقها النفقة من عدمه وجود المبرر الشرعي أو عدم وجوده[1] **انظر القرار الاستئنافي رقم ١٨٣٢٠ تاريخ ٨/ ١/ ١٩٧٥**.[2]

الملاحظة الثانية: إن دفع النشوز يستلزم أن يتضمن بأن مسكن الزوج ما زال قائما، وأن الزوجة ممتنعة عن الانقياد لإحكام الزواج فيه بلا سبب شرعي [3]

لا بد من تكليف الدافع بالنشوز من بيان موقع المسكن الشرعي الذي خرجت منه الزوجة بلا إذنه حتىٰ يصح الدفع.[4]

---

١) حاشية ابن عابدين ٢/ ٦٤٦

٢) المبادئ القضائية، محمد حمزة العربي ص ٣٠٤ المجموعة الثانية

٣) انظر القرار رقم ١٨٦٦٤تاريخ ٨/ ١١/ ١٩٧٥

٤) انظر القرار رقم ١٧٢٤٥تاريخ ٢/ ١٠/ ١٩٧٢

فإذا دفع المدعىٰ عليه دعوىٰ المدعية بالنشوز ولم تدفع المدعية دفعه بأيد دفع آخر، يكون ذلك بمثابة إنكارها لهذا الدفع، فيكلف الدافع بإثبات دفعة النشوز، لن بينة الزوج علىٰ النشوز أولىٰ من بينتها علىٰ عدمه.[1]

المادة (٦٢) إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ما لم تكن حاملا فتكون النفقة للحمل، والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلىٰ بيتها قبل طلبها النقلة إلىٰ بيت آخر ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها أو إساءة المعاشرة أو عدم أمانتها علىٰ نفسها أو مالها.

المادة (٦٣) الزوجة المسجونة بسبب إدانتها بحكم قطعي لا تستحق النفقة من تاريخ سجنها.

ثانيا: أنه ينفق عليها استقلالا في بيته وعلى مائدته

فإذا ادعت الزوجة أن زوجها ممتنع عن الإنفاق عليها وأدعىٰ أنه ينفق عليها في بيته وعلىٰ مائدته يكلف الإثبات، فإذا أثبت ذلك ترد دعواها، وإن عجز تحلف اليمين علىٰ نفي دفعه بناء علىٰ طلبه ويفرض لها النفقة.

ثالثا: الدفع باحتراف الزوجة وعملها خارج المنزل بدون موافقة الزوج

ولعل هذا الدفع يقع تحت مظلة دفع النشوز.

نص قانون الأحوال الشخصية الجديد في هذا الشأن من خلال **المادة٦١ علىٰ الآتي:**

أ- تستحق الزوجة التي تعمل خارج البيت النفقة بشرطين:-

١- أن يكون العمل مشروعـًا.

---

١) انظر القرار الخماسي رقم ١٨١٨٤

٢- أن يوافق الزوج علىٰ العمل صراحة أو دلالة.

ب- لا يجوز للزوج الرجوع عن موافقته علىٰ عمل زوجته إلا بسبب مشروع ودون أن يلحق بها ضرراً.

موقف الفقهاء من استحقاق الزوجة العاملة للنفقة:

لقد بحث الفقهاء في احتراف الزوجات العمل كالمعلمات والطبيبات والموظفات هل لهن نفقة علىٰ أزواجهن فرأوا أن للمرأة حق ممارسة العمل بدليل:

ما جاء في **المادة (١٨٤) من كتاب النفقات الشرعية والتي تنص علىٰ أن الزوجة إذا أجرت نفسها لإرضاع صبي بلا إذن دون أن تخرج من بيته فلا تكون ناشز ولو كان الزوج شريفا.**

كذلك ذكر الزيلعي نقلا عن الخلاصة معزيا ذلك إلىٰ مجمع النوازل (إذا كانت الزوجة قابلة، أو كان لها حق علىٰ آخر فلها أن تخرج بالإذن وغير الإذن).[(١)]

غير أنهم اختلفوا في استحقاق الزوجات المحترفات للنفقة:

فمنهم من قال أن الزوجة المحترفة إذا منعها الزوج من العمل ولم تجبه إلىٰ طلبه فلا نفقة لها، وإذا أذن باحترافها فلها النفقة.

ومنهم من قال بأن الاحتراف بإذن الزوج وبلا إذنه لا يحرمها النفقة.

وقد ذكر صاحب النهر معلقا علىٰ هذا القول: بأن الزوجة معذورة في احترافها لاشتغالها بمصالحها فلا تسقط بذلك نفقتها.[(٢)]

والفقهاء الذين قالوا بالمنع لم يذكروا بأن الاحتراف مانع من استحقاق النفقة لذاته بل أوردوه علىٰ أنه ضرب من النشوز.

---

١) البحر الرائق ٤/ ١٩٢

٢) حاشية ابن عابدين ٢/ ٦٦٥



هذا، وإذا أقر الزوج أنه تزوجها وهو يعلم أنها موظفة ورضي ببقائها في العمل بعد العقد فإن هذا يثبت عدم تأثير عملها علىٰ استحقاقها للنفقة.

لقد نص الفقهاء علىٰ أن عمل الزوجة خارج البيت نهارا لا يسقط نفقتها ما لم يسبقه منع من الزوج وثبوت هذا المنع.(١)

وذكروا كذلك: كما أن الزوج لا يملك منع زوجته عن العمل قبل تسديده كامل مهرها المعجل لان عليه أن يقوم بواجباته الزوجية قبل أن يكلف غيره القيام بها (٢) وقد سارت محكمة الاستئناف الشرعية علىٰ هذا النهج من خلال كثير من قراراتها ومنها:

القرار رقم (١٨٩٠٠) والذي ينص علىٰ [نفقة الزوجة لا تسقط لمجرد الاحتراف].

وقد جاء **القرار الاستئنافي رقم ١٨٦٦٤تاريخ ٨/ ١١/ ١٩٧٥**ينص علىٰ أن عمل الزوجة لا يترتب عليه نشوزها إلا إذا اثبت الزوج أن لديه مسكنا شرعيا وأنه طلبها للطاعة فيه ونهاها عن العمل ولم تستجب لطلبه.

رابعا: الدفع بالإعسار

قد يدعي المدعىٰ عليه بالفقر والإعسار، فإن أقرت المدعية بذلك، أو أنكرت وأثبت ذلك تفرض المحكمة عليه نفقة المعسرين، جاء في **القرار الاستئنافي رقم: ٢٤٥٢٣**والذي ينص علىٰ أنه تفرض نفقة الزوجة حسب حال الزوج يسرا وعسرا.

كما جاء في **القرار رقم ٢٧٢٦٥**ما نصه: إذا طالبت الزوجة بالنفقة من زوجها السجين وصادقته علىٰ أنه معسر ولا مال له ورفضت أن تطلب الحكم بالنفقة علىٰ غيره ممن يلزمه نفقتها لو كانت غير ذات زوج فإن حكم المحكمة برد دعواه صحيح

---

١) مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض السورية ص ١٣٧

٢) المرجع السابق ص ١٣٩

لعدم إصرارها على الدعوى.

خامسا: الادعاء بالطلاق والبينونة منه -أي انتهاء الزوجية-

إذا دفع الزوج المدعى عليه دعوى النفقة بأنه طلقها وانتهت عدتها، فعلى المحكمة أن توقف السير بدعوى النفقة وتستحدث دعوى طلاق، فإن ثبت ادعاؤه فلا نفقة لها ولكنها تستحق نفقة عدة إذا كانت المطالبة بها خلال سنة من تاريخ الطلاق.[1]

سادسا: الادعاء بالردة

إذا دفع الزوج الدعوى بأن المدعية مرتدة، توقف المحكمة الدعوى الأصلية وتستحدث دعوى ردة، فإن ثبتت الدعوى، تستتاب الزوجة للعودة إلى الإسلام فإن أبت وأصرت على الردة تمنع من النفقة.

الدفوع المثارة من قبل المدعية في دفع النشوز:

وهذه الدفوع عادة تأتي دفعا لدفع النشوز المثار من قبل الزوج وهذه الدفوع هي:

١- انشغال الذمة بالمهر المعجل أو بجزء منه:

فإن أقر الزوج بهذا الدفع وأن ذمته مشغولة بمهر المدعية المعجل أو بجزء منه يرد دفع النشوز ويثبت استحقاقها للنفقة.

جاء في **القرار الاستئنافي رقم (٣٢٤٩٩)** والذي ينص على [أثار وكيل الزوجة في الدعوى انشغال ذمة الزوج بتوابع مهر موكلته المحكوم بها بموجب إعلام الحكم المبرز وأن الزوجة قررت لدى مأمور الإجراء أنه لا مانع من طاعته متى أوفاها هذه

---

١) انظر القرار الاستئنافي رقم ٣٨٩٤١

التوابع، فلا يكون امتناعها والحالة هذه عن طاعته نشوزا وعلىٰ المحكمة التحقيق فيما ذكر لما يترتب عليه من أثر].[1]

٢- الدفع بعدم الأمانة والأذى والضرب:

فإذا أقر الزوج بهذا الدفع رد دفع النشوز وثبت استحقاقها للنفقة، جاء في **القرار رقم ١٤٢٧٨** ما نصه [ادعاء الزوجة بأن زوجها طردها يشكل دفعا لدفعه النشوز وتكون هي جديرة بالتكليف للإثبات أولا فإن عجزت عن الإثبات أفهمت أن لها حق تحليفه اليمين عملا بالمادة ١٦٣٢من المجلة] وانظر كذلك **القرار رقم ١٤٤١٤**.[2]

٣- عدم شرعية المسكن:

إن خروج الزوجة من مسكن الزوجية لا يعتبر نشوزا إذا كان المسكن غير شرعي، ويكون المسكن غير شرعي في الحالات التالية:

أ- إذا لم يتناسب المسكن وحالته المادية.

جاء في القرارات الاستئنافية [المسكن جزء من النفقة ويجب أن يكون مناسبا لحال الزوج].[3]

ب- إذا لم يكن للمسكن جيران، أو كان له جيران ولكنهم غير صالحين.

[يشترط في اعتبار المسكن شرعي أن يكون له جيران موثوقون يمكنهم إغاثة الزوجة ودفع الظلم عنها].[4]

---

١) وانظر كذلك القرار رقم ١٣٤٠١تاريخ ٣٠/ ٦/ ١٩٦٤

٢) محمد حمزة العربي القسم الثاني ص ٣١٢

٣) انظر القرار رقم ١٢١٨٥و١٢٣٩٥و١٣٥٩٥

٤) انظر القرارات الاستئنافية رقم ٨٦٦٣و٩٧٢٣و١١٩٧٠ و ١٢٧٣٦و١٣١٧١

وجاء في **القرار رقم ١١٨٧٦** [لا تتوفر شرعية المسكن إذا أقر الزوج بأن جيرانه أعداء للزوجة وأهلها].

ج_ إذا أسكن الزوج في المسكن أناس غير الزوجة بدون إذنها وموافقتها، كأن يسكن أهله أو أولاده البالغين، أو ضرة الزوجة.

[الطعن في المسكن بأن الضرة وأولادها يسكنون فيه طعن صحيح يجب التحقيق فيه].[1]

د _ يكون المسكن غير شرعي إذا ثبت أن الأثاث الموجود في المسكن خاص بالزوجة ورفضت أن تستعمله من قبل الزوج.

٤ _ إذا خلا المسكن من الأشياء الضروري للمعيشة.

الدفوع المقدمة من المدعى عليه في دعوى الحضانة:

١. الدفع بأن طالبة الحضانة مرتدة.
٢. الدفع بأن المدعية متزوجة بغير محرم للصغير.
٣. الدفع بعدم قدرة الحاضنة على تربية الولد وحفظه وصيانته، كان تكون طاعنة في السن، أو مريضة بشكل يمنع ما فيها من مرض الحضانة.
٤. الدفع بعدم الأمانة على المطلوب حضانته في نفسه وأدبه وخلقه، كأن تكون طالبة الحضانة فاجرة فجوراً يضيع الولد به كزنا أو سرقة أو كأن يكون طالب الضم فاسقاً مستهتراً، لا يؤمن على أخلاق المطلوب حضانته وأدبه ونفسه، ويمكن إثارة دفع عدم الامانة سواء كان الدفع الذي اثير بخصوص ذكر أو أنثى.
٥. الدفع بانشغال الحاضنة عنه بشكل يعرضه للضياع والإهمال، كان تكون التي طعن فيها محترفة تغيب عن البيت كثيراً، وهذا التغيب يعرض الصغير للضياع والفساد والضرر والإهمال.

---

١) انظر القرار رقم ٩٥٤٦و١٦٠٦٩

٦. الدفع بأن طالبة الحضانة ستمسكه في بيت المبغضين له **القرار رقم (٣٩٤٦٦ تاريخ ٣/ ١٠/ ٩٥)**.

٧. الدفع بعته المطلوب ضمه وحاجته لخدمة النساء ورعايتهن، إذ قد تدفع الحاضنة طلب الضم في حال تجاوز المحضون سن الحضانة بعتهه وحاجته لرعاية النساء وخدمتهن.

الدفوع المقدمة في دعاوى الدية:

دعوىٰ الدية كغيرها من الدعاوىٰ يرد عليها بعض الدفوع ومن هذه الدفوع:

أولا: الصلح العشائري

الصلح العشائري دفع صحيح يرد علىٰ دعوىٰ الدية بشروط:

١. أن يكون جميع الورثة ممثلون بهذا الصلح.

٢. أن يوضح صراحة أنه صلح عن دية.

بناء علىٰ ذلك من رفض الصلح ولم يمثل به فلا يلزمه، وله إقامة دعوىٰ يطالب من خلالها بنصيبه من الدية.

(فالصلح العشائري المقصود منه إيجاد الأمان بين العشائر من حصول انتقام أو مشاجرة، وعلىٰ فرض أنه صلح عن دية، فإن من لم يمثل فيه لا يلزمه، ولا يمنعه هذا الصلح من إقامة دعوىٰ دية شرعية لدىٰ المحاكم الشرعية علىٰ الخصم الشرعي).[1]

ثانيا: التقادم

الدية عقوبة، وما دامت عقوبة فهي خاضعة للتقادم.[2]

---

(١) انظر القرار رقم ٩٢٧٣

٢) اجتهادات قضائية في مسائل الأحوال الشخصية، مأمون أبو سيف، ص ٢٧٦، عالم الكتب الحديث، ٢٠٠٩، إربد



ثالثا: الإبراء

لا بد حتىٰ يكون الإبراء صحيحـًا من أن ينص في الإبراء علىٰ إسقاط الحقوق الشرعية ومنها الدية، فإذا لم ينص في الإبراء عللاً ذلك لا يكون الإبراء ملزمـًا ولا يصح.

الدفوع المقدمة في دعاوى اثبات الطلاق:

١-الدهش. المدهوش هو الذي غلب الخلل في أقواله وأفعاله نتيجة غضب أو غيره بحيث يخرجه عن عادته.[1]

٢-الجنون، بأن المدعىٰ عليه عندما طلق زوجته كان مجنونا.

٣-السكر، بأن المدعىٰ عليه عندما طلق زوجته كان سكرانا فاقدا للوعي.

٤-الاكراه، وهو الاكراه الملجأ، وهو انه عندما طلق زوجته كان مكرها إكراها تاما ملجأ.

المطلب الخامس

خصائص الدفوع الموضوعية

١-الدفوع الموضوعية غير واردة علىٰ سبيل الحصر، ذلك أن حصرها غير ممكن فهي تختلف في كل دعوىٰ عن الأخرىٰ باختلاف ظروفها وما يراه المدعىٰ عليه محققـًا لصالحه في الدعوىٰ.

٢-لا يوجد ترتيب معين يجب التزامه عند التمسك بالدفوع الموضوعية أمام المحكمة فلا يؤدىٰ تأجير أحدها إلىٰ سقوط الحق فيها، فيجوز للمدعىٰ عليه التمسك بها وفق مصلحته، فيجوز له التمسك بها معـًا أو تباعـًا.

---

١) الفقرة (ب) من المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية

وإذا أقفل باب المرافعة في الدعوىٰ وأعيد فتحه، جاز للمدعىٰ عليه التمسك بالدفوع الموضوعية وحكمة ذلك أن الدفع الموضوعي يرمىٰ إلىٰ إهدار ادعاء المدعىٰ، ومن ثم يجب تمكين المدعىٰ عليه من إبدائه أمام المحكمة في أي لحظة قبل صدور الحكم.

٣-أنه يجوز التمسك بالدفع الموضوعي في أية حالة تكون عليها الدعوىٰ ولو أمام محكمة ثاني درجة، سواء كان الدفع متعلقـاً بالواقع أو متعلقـاً بالقانون.

[أ] الدفع بالتقادم المسقط لا يتعلق بالنظام العام وينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع في عبارة واضحة جلية لا تحتمل الإبهام، كما لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بتملك العقار بالمدة الطويلة المكسبة للملكية باعتباره سبباً جديداً لا يقبل التحدي به أمامها لأول مرة.

[ب] إذا كان التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع فإن ما أثاره الطاعن بسبب النعي من انقضاء حق المطعون ضدها الأولىٰ في رفع الدعوىٰ لمضىٰ أكثر من سنة علىٰ تاريخ سلب الحيازة – يكون دفاعـاً جديداً لـم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض.

٤-أن الحكم الذي يصدر في الدعوىٰ بقبول الدفع الموضوعي يعتبر حكمـاً في الموضوع منهيـاً للنزاع علىٰ أصل الحق الذي رفعت به الدعوىٰ، ولذلك يحوز هذا الحكم حجية من حيث موضوع الدعوىٰ تمنع من تجديد النزاع أمام القضاء. فإذا رفع دائن دعوىٰ مطالبـاً بدين ودفعها المدعىٰ عليه بانقضاء الدين بالتقادم وحكمت المحكمة بقبول الدفع، فلا يجوز للدائن أن يعيد تجديد النزاع أمام القضاء.

٥-إذا ابدىٰ الخصم دفعـاً موضوعيـاً فيعتبر أنه تكلم في موضوع الخصومة، والحكم بقبوله أو رفضه يعتبر صادراً في أصل الدعوىٰ، فإذا استؤنف الحكم صار

موضوع الدعوىٰ برمته معروضـًا علىٰ محكمة الدرجة الثانية، ويكون لها أن تستكمل أوجه التحقيق التي لم تقم بها محكمة أول درجة وأن تقضىٰ في موضوع الدعوىٰ، فلا يجوز لها إن هي ألغت الحكم الابتدائي أن تعيد الدعوىٰ إلىٰ محكمة أول درجة للفصل فيها من جديد.

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن: [قضاء محكمة أول درجة بعدم قبول دعوىٰ التعويض لرفعها قبل الأوان استناداً إلىٰ أن الحكم الجنائي لم يصبح باتـًا، قضاء في الموضوع تستنفذ به المحكمة ولايتها، استئناف هذا الحكم يطرح الدعوىٰ برمتها علىٰ محكمة الاستئناف، إلغاء محكمة الاستئناف للحكم المستأنف، أثره. وجوب الفصل في موضوعها دون إعادتها لمحكمة أول درجة].

٦-الأصل أن يبدىٰ الخصم ما يشاء من دفوع موضوعية وذلك إعمالاً لحقه في الدفاع. غير أن المشرع قد يقيد هذا الأصل بنص خاص. ومثال هذا، أنه قد منع المدعىٰ عليه في دعوىٰ الحيازة من إبداء الدفع فيها استناداً إلىٰ أصل الحق، أي قرر عدم قبول الدفع.

المطلب السادس

إثبات الدفع

يقع عبء إثبات الدفع علىٰ من أبداه، لأنه يدعىٰ خلاف الظاهر، سواء كان الدفع مبدىٰ من المدعىٰ أو من المدعىٰ عليه، فالدفع إذا كان قد أبدىٰ من الأخير فإنه يعتبر في منزلة المدعىٰ بالنسبة للدفع المبدئ منه.[١]

فصاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه. كما أن المدعىٰ هو المكلف بإقامة الدليل علىٰ دعواه.[٢]

---

١) د/ أحمد المليجي، التعليق علىٰ قانون المرافعات، الجزء الثاني، نادي القضاة

٢) الدناصوري وعكاز – ص ٤٠٠

والدافع ملزم بإقامة الدليل علىٰ ما يدعيه سواء أكان مدعي أصلاً في الدعوىٰ أم مدعىٰ عليه فيها، ولئن كانت الطاعنة مدعىٰ عليها في الدعوىٰ إلا أنها تعتبر في منزلة المدعىٰ بالنسبة للدفع المبدئ منها بعدم اختصاص المحكمة محلياً بنظر الدعوىٰ وتكون مكلفة قانونـاً بإثبات ما تدعيه لأنها إنما تدعىٰ خلاف الظاهر.[1]

١) د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥

المبحث الثاني
الدفع بعدم القبول

المطلب الأول
تعريف الدفع بعدم القبول

قيل بأنه الدفع الذي ينازع به المدعىٰ عليه أو من في حكمه في أن للمدعي أو من في حكمه حقـًا في رفع دعواه، أو في توافر شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوىٰ.

وقد عرفت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية الدفع بعدم القبول بأنه: الدفع الذي يرمي الىٰ الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوىٰ، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوىٰ، باعتباره حقـًا مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوىٰ بطلب تقريره، كانعدام الحق في رفع الدعوىٰ، أو سقوطه لسبق الصلح فيه، أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها، فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه، وحتىٰ تستقيم الدعوىٰ، فإن الدفع المبني علي تخلف هذا الإجراء، يعد دفعـًا شكليـًا ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متىٰ انتفت صلته بالصفة أو المصلحة في الدعوىٰ أو بالحق في رفعها.

المطلب الثاني
حقيقة الدفع بعدم قبول الدعوى

إن تكييف الدفع ليست مسألة تسميه إنما هي بحقيقة هذا الدفع، والدفع بعد القبول هو الدفع الذي يرمي إلىٰ الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوىٰ وهي:

أولا: شرط الصفة في الدعوىٰ

ثانيـًا: شرط المصلحة في الدعوىٰ

ثالثـًا: شرط ثبوت الحق في رفع الدعوىٰ باعتباره حقـًا مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوىٰ بطلب تقريره.

الدفع بعدم القبول لا يوجه الىٰ اجراءات الخصومة ولا يوجد الىٰ ذات الحق المدعىٰ به، بل يرمي الىٰ انكار سلطة المدعىٰ في استعمال الدعوىٰ فهو يوجه الىٰ الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق وما اذا كان من الجائز استعمالها، ام ان شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يتعين ان تتوافر لقبول الدعوىٰ، او لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوىٰ المرفوعة.

والدفع بعدم قبول الدعوىٰ يتفق مع الدفوع الموضوعية ويختلف مع الدفوع الشكلية، وفي احوال اخرىٰ يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية، ولهذا ذهبت الآراء في تحديد احكامه الىٰ مذاهب شتىٰ.

وهذا الدفع له طبيعة خاصة، تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية، والدفوع الشكلية، تجعله يمثل مركزا وسطا بينها، فهو في الأحوال يتفق مع الدفوع الموضوعية، فيما يختلف مع الدفوع الشكلية، وفي أحوال أخرىٰ يتفق مع الدفوع الشكلية، فيما يختلف مع الدفوع الموضوعية، والتطبيق له في الأحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه في إقامة الدعوىٰ، أو لسبق الفصل في موضوع الدعوىٰ، أو لسبق الصلح فيها، أو لرفعها في غير المناسبة، أو الميعاد المحدد لرفعها، سواء قبل الأوان، أو بعد الأوان.

المطلب الثالث
قواعد الدفع بعدم القبول

نظرا لطبيعة هذا الدفع فإن قواعده تتفق مع بعض قواعد الدفوع الشكلية، ومع



بعض قواعد الدفوع الموضوعية، ومن هذا:

*-يجوز إبداء الدفع بعدم القبول في أي حالة تكون عليها الدعوىٰ، كما يجوز إبداء جميع الدفوع بعدم القبول والأوجه التي تبنىٰ عليها مرة واحدة أو إبداء كل منها علىٰ استقلال.

*-لا يجوز الحكم بعدم قبول الدعوىٰ من تلقاء نفس المحكمة إلا إذا تعلق عدم القبول بالنظام العام، كما لو كان هذا لسبق الفصل في الدعوىٰ أو لانتفاء صفة المدعي.

*-تبدأ المحكمة بنظر الدفع بعدم القبول قبل نظر الموضوع، كما يجوز لها أن تنظرهما معا وتصدر فيما حكما واحدا، بشرط أن تبين في حكمها ما قضت به في كل من الدفع والموضوع علىٰ حدة.

*-طبقا للرأي الراجح في الفقه فإن الحكم بقبول الدفع بعدم القبول لا يعتبر حكما فاصلا في الموضوع، فإذا استؤنف هذا الحكم وألغىٰ في الاستئناف، فلا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تفصل في موضوع الدعوىٰ، بل يتعين عليها إعادة هذا الموضوع للفصل فيه بواسطة محكمة أول درجة احتراما لقاعدة التقاضي علىٰ درجتين.

قاعدة خاصة بالدفع بعدم القبول لانتفاء صفة المدعي عليه:

إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم القبول لانتفاء صفة المدعي عليه قائم علىٰ أساس وجب عليها تأجيل الدعوىٰ لإعلان ذي الصفة بدلا من الحكم بعدم القبول، كما يجوز بها في هذه الحالة أن تحكم علىٰ المدعي بالغرامة.

يختلف أثر الحكم بقبول الدفع بالنسبة لجواز تجديد ذات الدعوىٰ ورفعها مرة أخرىٰ، فقد يترتب عليه عدم جواز هذا التجديد كما لو كان سبب عدم القبول هو فوات المعيار المحدد لرفع الدعوىٰ، أو الطعن، وقد يترتب عليه جواز هذا التجديد

كما لو كان سبب عدم القبول هو رفع الدعوىٰ قبل حلول اجل الدين المطالب به إذ يجوز في هذه الحالة إعادة رفع ذات الدعوىٰ عند حلول هذا الأجل.

ثانيا: الدفوع بعدم قبول الدعوى:

هي دفوع لا يتعرض فيها الخصم إلىٰ الحق المدعىٰ به (الحق الموضوعي) كما لا يطعن فيها بصحة الخصومة أو إجراءاتها، وإنما ينكر فيها حق المدعي برفع الدعوىٰ أي أنه ينازع في قبول الدعوىٰ.

مثال: الدفع بانعدام المصلحة لدىٰ المدعي، أو انعدام الصفة لديه، أو الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد القانوني.

ولقد استقر الاجتهاد القضائي علىٰ جواز سماع مثل هذه الدفوع في أي مرحلة من مراحل الدعوىٰ.

المبحث الثالث
الدفوع الشكلية وأنواعها

المطلب الأول
ماهية الدفوع الشكلية

الدفوع الشكلية: هي الدفوع التي توجه إلىٰ إجراءات الخصومة القضائية بقصد استصدار حكم ينهي الدعوىٰ دون المساس بموضوعها، فالدفوع الشكلية تتصدىٰ باعتبارها وسائل دفاع لإجراءات الخصومة القضائية، ونعني بإجراءات الخصومة القضائية إجراءات رفع وتداول الدعوىٰ أمام محكمة الموضوع، والقصد من تعرض الدفوع الشكلية لإجراءات الخصومة القضائية هو التأكد من صحة هذه الإجراءات، وأنها تمت وفق صحيح القانون، بحيث أنه لو ثبت أن أحد هذه الإجراءات قد خالف القانون حكمت المحكمة في مدىٰ صحة هذه الإجراءات من عدمه دون التعرض لموضوع الحق الذي رفعت به الدعوىٰ، والحديث عن الدفوع الشكلية من الناحية العملية يقتضي دراسة جيدة لإجراءات رفع وتداول الدعوىٰ أمام محاكم الموضوع.

المطلب الثاني
هل يمكن تعداد الدفوع الشكلية

القاعدة العامة التي تحكم الدفع الشكلي هي تعلق هذا الدفع بإجراءات الدعوىٰ القضائية، فحيث يكون العيب في الإجراءات يكون الدفع الموجه لهذا العيب دفعـًا شكليـًا، ويعني ذلك أنه لا يمكن عد هذه الدفوع وحصرها حصراً ومن هذه الدفوع:

❋-الدفوع الخاصة بعدم الاختصاص المحلي

❋-الدفوع الخاصة بالإحالة للارتباط

❋-الدفوع الخاصة بالإحالة لوحدة النزاع

❋-الدفوع الخاصة بأوجه البطلان

❋-الدفوع الخاصة بعدم الاختصاص الولائي

❋-الدفوع الخاصة بعدم الاختصاص النوعي

❋-الدفوع الخاصة بسبب قيمة الدعوىٰ

❋-الدفوع الخاصة ببطلان صحف الدعاوىٰ

❋-الدفوع الخاصة ببطلان أوراق التكليف بالحضور

❋-الدفوع الخاصة باعتبار الدعوىٰ كأن لم تكن لمختلف أسبابها

❋-الدفوع الخاصة بسقوط الخصومة

❋-الدفوع الخاصة بأهلية الخصومة القضائية

❋-الدفوع الخاصة بتعجيل الخصومة القضائية

المطلب الثالث
النظام القانوني للدفوع الشكلية
وكيفية التعامل معها إبداءً ورداً

ثمة قواعد تحكم الدفوع الشكلية، هذه القواعد تحدد كيفية التعامل معها، ونعني بالتعامل مع الدفع بيان بكيفية إبداء الدفع وطريقة إبدائه ووقت إبدائه، وفي تصور أخر كيفية الرد علىٰ الدفع، والآن نتناول تلك القواعد:

القاعدة الأولىٰ: الدفع الشكلي يبدىٰ قبل التصدي للموضوع، وإلا سقط الحق في التمسك بالدفع.

طبيعة الدفع الشكلي من حيث كونه دفعاً يوجه إلىٰ إجراءات الخصومة استوجب أن يبدیٰ هذا الدفع أولاً، وقبل التعرض لموضوع الدعویٰ، بحيث لو صح الدفع انقضت الدعویٰ، وبالأدنیٰ صححت الإجراءات، فلا تظل الدعویٰ رهينة دفع قد يبدیٰ بعد أن تكون المحكمة قد بذلت جهداً وأضاعت وقتاً يصعب القول باسترداده، لذا كان الشارع جازماً حازماً حين قرر أن الدفع الشكلي يبدیٰ قبل التصدي للموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بالدفع نصت الفقرة (أ) المادة (٩) من قانون أصول المحاكمات الشرعية والتي جاء فيها: الدفع بعدم الاختصاص المكاني دفع شكلي يجب أن يتضمن تحديد المحكمة المختصة مكانياً ولا يقبل هذا الدفع بعد الاجابة علىٰ موضوع الدعویٰ حضورياً ولا بعد الفصل فيها.

القاعدة الثانية: الدفع الشكلي إذا لم يبدیٰ مع غيرة من الدفوع الشكلية يسقط الحق في التمسك به.

طبيعة الدفع الشكلي من حيث كونه دفعاً يوجه إلىٰ إجراءات الخصومة استوجب أن يبدیٰ هذا الدفع أولاً، وقبل التكلم في موضوع الدعویٰ، والمقصود بالتكلم في موضوع الدعویٰ إبداء أي طلب أو دفاع موضوعي ينم عن التسليم صحة الطلب وقد نص القانون علىٰ ذلك من خلال المادة (٣٧) من الأصول المدنية والتي جاء فيها (إذا كان للمدعیٰ عليه دفع لدعویٰ المدعي، عليه أن يذكر ذلك صراحة في لائحة دفاعه إذا اختار تقديم مثل هذه اللائحة مع ما يستند إليه في هذا الدفع).

القاعدة الثالثة: الدفع الشكلي يجب أن يبدیٰ بصحيفة الطعن وإلا سقط الحق في التمسك به.

القاعدة الرابعة: الدفع الشكلي ووجوب فصل المحكمة فيه أولاً قبل الموضوع، إنه وإن كان الترتيب الطبيعي للفصل في المنازعة، أن تفصل المحكمة أولاً في النزاع القائم حول اختصاصها بنظر الدعویٰ، فإذا انتهت الیٰ اختصاصها بنظره، فإنها

تفصل بعد ذلك في موضوع المنازعة، إلا أن عدم اتباع هذا الترتيب لا يعيب الحكم، ذلك أن كل ما اشترطه القانون أن تبين المحكمة إذا ما رأت ضم الدفع بعدم الاختصاص للموضوع ما حكمت به في كل منهما علىٰ حده جاء ذلك من خلال المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي جاء فيها:

١-للخصم قبل التعرض لموضوع الدعوىٰ أن يطلب من المحكمة إصدار الحكم بالدفوع التالية بشرط تقديمها دفعة واحدة وفي طلب مستقل خلال المدة المنصوص عليها في المادة (٥٩) من هذا القانون:

أ . عدم الاختصاص المكاني.

ب. وجود شرط التحكيم.

ج. كون القضية مقضية.

د. مرور الزمن.

هـ. بطلان أوراق تبليغ الدعوىٰ.

٢-علىٰ المحكمة أن تفصل في الطلب المقدم إليها بموجب أحكام الفقرة (١) من هذه المادة، ويكون حكمها الصادر في هذا الطلب قابلاً للاستئناف.

القاعدة الخامسة: **الحكم في الدفع الشكلي لا يستنفذ ولاية قضاء الدرجة الأولىٰ، فمن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا وقف قضاء محكمة أول درجة عند حد الفصل في الدفع الشكلي في الدعوىٰ فإنها لا تكون قد استنفذت ولايتها في الموضوع، فإذا الغي حكمها فإنه يجب علىٰ محكمة ثاني درجة في هذه الحالة أن تعيد القضية إلىٰ محكمة أول درجة لنظر الموضوع، ويراعي أن الحكم في الدفع الشكلي لا يحوز حجية الأمر المقضي.**

إن القوانين الوضعية الحديثة قد جاءت بأصول قانونية ومؤيدات لحماية حقوق الناس والحفاظ علىٰ ملكيتهم وكل ما يمس حقوقهم وكان لا بد من وجود أصول

تنظم طرق التداعي والمطالبة بهذه الحقوق وهذه الأصول بمفهومها العام تدل علىٰ مجمل القواعد التي تعين الطريق التي يجب إتباعها للوصول إلىٰ تحقيق العدالة أو بالحصول علىٰ الحق.

وعليه لا بد من كل حق من دعوىٰ تحميه وهذه الدعوىٰ تتمثل بمظهرين أساسيين هما: الطلب والدفع حيث يعتبر كل منهما طريقان لمباشرة الدعوىٰ (المطالبة القضائية).

وإن كل نزاع يطرح أمام القضاء يبدأه المدعي بطلب يفتتح به الدعوىٰ مطالباً بموجبه بالحق الذي يدعيه ومن ثم يتقدم المدعىٰ عليه بدفوعه للرد علىٰ مطالب المدعي وفي حال أثبات المدعي لطلباته (دعواه) بالوسائل القانونية فعندها يستحصل علىٰ حكم قضائي من المحكمة بالحق الذي يدعيه وفي حال دحض طلبات المدعي بالدفوع المناسبة يكون المدعىٰ عليه قد قام بحماية حقه وتفادىٰ صدور حكم عليه في الدعوىٰ وفق طلبات الخصم.

المطلب الرابع

دراسة لبعض الدفوع الشكلية

لقد نص المشرع في الأصول المدنية من خلال المادة (١٤٤) قانون أصول المحاكمات المدنية علىٰ ثلاثة أنواع للدفوع الشكلية من وهي:

أ- بطلان مذكرات الدعوىٰ.

ب- عدم اختصاص المحكمة للنظر في الدعوىٰ.

ج- إحالة الدعوىٰ إلىٰ محكمة أخرىٰ مرفوعة إليها الدعوىٰ أو دعوىٰ مرتبطة بها.

أولا: الدفع ببطلان مذكرات الدعوى

يترتب هذا الدفع عند وجود عيب في إجراءات التبليغ، كما لو كان هناك خطأ في

ذكر تاريخ موعد الجلسة، أو كانت مذكرة الدعوىٰ ينقصها بيانا معينا من البيانات المنصوص عنها في القانون، وإن الدفع بالبطلان في هذه الحالة يسقط بمجرد حضور المعلن إليه أو المدعىٰ عليه إلىٰ المحكمة، لأن المشرع اعتبر حضوره أمام المحكمة وبالرغم من وجود هذا العيب تنازلا منه عن إبداء هذا الدفع.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٥٠) من قانون أصول المحاكمات [**بطلان مذكرات الدعوىٰ بالحضور الناشئ عن عيب في التبليغ، أو في بيان المحكمة أو تاريخ الجلسة أو عدم مراعاة الحضور يزول بحضور المطلوب تبليغه وذلك بغير الإخلال بحقه في التأجيل لاستكمال ميعاد الحضور**].

ولا بد من التنويه بأن إثارة هذا الدفع يجب أن يكون قبل أي دفع أخر وإلا سقط الحق فيه.

ومما تقدم نستنتج أن التمسك ببطلان مذكرات الدعوىٰ قبل التعرض للموضوع غير مجدي طالما أن المتمسك سيكون حاضرا في الدعوىٰ ويدلي ببطلان هذه المذكرات وطالما أن الحضور يغطي هذا العيب.

ثانيا: الدفع بعدم اختصاص المحكمة للنظر في الدعوى

لقد فرق المشرع بين الدفع بعدم الاختصاص المحلي، والدفع بعد الاختصاص النوعي، حيث اعتبر اختصاص المحكمة النوعي من متعلقات النظام العام، ويجوز إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكمة النوعي في أية مرحلة كانت عليها الدعوىٰ ولو بعد التعرض للموضوع.

أما بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص المحلي، فهو لا يتعلق بالنظام العام ويتوجب علىٰ المدعىٰ عليه إبداء هذا الدفع في بدء المحاكمة وقبل الإجابة علىٰ موضوعها، وإلا سقط الحق فيه سندا للمادة (١٤٥) من قانون أصول المحاكمات.



الدفع بإحالة الدعوىٰ إلىٰ محكمة أخرىٰ مرفوعة إليها تلك الدعوىٰ أو دعوىٰ مرتبطة بها.

أولا: الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى مرفوعة إليها نفس الدعوى

قد تختص أكثر من محكمة بدعوىٰ واحدة كما إذا تعدد المدعىٰ عليهم، أو إذا اتفق علىٰ موطن مختار لتنفيذ عقد ما، فيرفع المدعي دعواه أمام محكمة مختصة ثم يرفعها أمام محكمة أخرىٰ مختصة قبل الفصل في الدعوىٰ الأولىٰ لعدم رضاه مثلا عن اتجاه هذه المحكمة في تحقيق القضية المرفوعة أمامها.

أو يتوفىٰ المدعي أثناء سير الدعوىٰ فيرفعها ورثته أمام محكمة أخرىٰ لجهلهم بقيام النزاع أمام المحكمة الأولىٰ.

ولما كان القانون لا يجيز أن تقوم دعوىٰ واحدة أمام محكمتين ولو كانت كل منها مختصة بنظرها، لتفادي تعدد الإجراءات وتناقض الأحكام، أجاز عند قيام قضيتين عن دعوىٰ واحدة طلب إحالة القضية الثانية إلىٰ المحكمة المرفوعة أمامها القضية الأولىٰ ويشترط لقبول الدفع بالإحالة:

أ-أن تكون القضيتان دعوىٰ واحدة من حيث الموضوع والسبب ووحدة الخصوم.

ب- أن تكون القضيتان أمام محكمتين مختلفتين وقائمتين فعلا، فإذا انتهت إحدىٰ الدعاوىٰ أمام المحكمة بردها أو بتركها أو بإعلان سقوطها فلا مجال عندئذ للإحالة.

ج- أن تتبع كل من المحكمتين جهة القضاء العادي، فلا تجوز الإحالة إذا كانت الدعوىٰ مرفوعة أمام محكمة شرعية والأخرىٰ أمام المدنية.

ويقدم الدفع بالإحالة إلىٰ المحكمة التي رفعت أمامها الدعوىٰ متأخرا وهذه المحكمة لا تفصل فيه، بل تحيله إلىٰ المحكمة الأولىٰ.



فالقاعدة أن المحكمة التي رفعت إليها الدعوىٰ أولا هي أولىٰ المحكمتين بالفصل فيها لأن رفع الدعوىٰ إلىٰ محكمة ينزع الاختصاص من سائر المحاكم الأخرىٰ المختصة بالحكم فيها. ولذلك أوجب القانون الدفع بالإحالة إلىٰ المحكمة التي رفعت أمامها الدعوىٰ متأخرا.

المقصود به وطبيعته:

الدفع بعدم الاختصاص دفع شكلي، يطلب به الخصم من المحكمة الامتناع عن الفصل في الدعوىٰ المرفوعة أمامها لكونها غير مختصة بنظرها طبقا لقواعد الاختصاص التي حددها القانون، وهذا الدفع قد يكون متعلقا بالنظام العام، كالدفع لعدم الاختصاص القيمي أو النوعي، أو غير متعلق بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص المحلي.

وجوب إحالة الدعوى بعد الحكم بعدم الاختصاص:

إذا قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم اختصاصها بنظر الدعوىٰ وجب عليها إحالة هذه الدعوىٰ إلىٰ المحكمة المختصة بنظرها، حتىٰ ولو كانت المحكمة المحال إليها تتبع جهة قضاء أخرىٰ، وتلتزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوىٰ دون أن يكون لها أن تعيد البحث في مسألة اختصاصها بنظرها مرة أخرىٰ.

علىٰ أنه يجوز للمحكمة المحال إليها في هذه الحالة بأن تصحح حكم الإحالة طالما أنها لا تخرج بهذا التصحيح عن الغرض الذي من أجله أوجب المشرع التزامها بهذا الحكم وهو تفادي حالات التنازع السلبي للاختصاص.

جواز الطعن استقلالا على الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة:

يجوز الطعن في الحكم الصادر بعدم الاختصاص والإحالة فور صدوره دون انتظار الحكم المنهي للخصومة كلها، ويترتب علىٰ هذا الطعن وقف الخصومة أمام

المحكمة المحال إليها حتىٰ يتم الفصل فيه.

ثالثا: الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى

المقصود بهذا الدفع وأسبابه وطبيعته:

يقصد بالدفع بالإحالة إخراج الدعوىٰ من ولاية المحكمة التي تنظرها لإدخالها في ولاية محكمة أخرىٰ لأحد الأسباب التالية:

*-قيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين.

*-الارتباط بين دعويين مختلفتين أمام محكمتين مختلفتين.

*-اتفاق الخصوم علىٰ التقاضي أمام محكمة أخرىٰ غير التي رفعت أمامها الدعوىٰ.

ويعتبر هذا الدفع من الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام.

شرح القواعد الخاصة بكل حالة من حالات هذا الدفع:

الإحالة لقيام نفس النزاع أمام محكمتين مختلفتين:

إذا رفعت ذات الدعوىٰ أمام محكمتين مختلفتين فإن المحكمة التي رفعت أمامها أولا تكون هي المختصة بنظرها دون المحكمة الأخرىٰ، ولو كانت المحكمة الأخيرة مختصة أيضا بنظرها، ولذا يجوز الدفع بإحالة الدعوىٰ المرفوعة ثانيا إلىٰ المحكمة التي رفعت إليها أولا.

شروط هذا الدفع:

وحدة النزاع في الدعويين أي تكون الدعويان متحدتان في الخصوم والمحل والسبب.

*-أن تكون الدعويان قائمتين بالفعل أمام المحكمتين عند إبداء الدفع بالإحالة.

*-أن تكون الدعويان قائمتين أمام محكمتين تتبعان جهة قضاء واحدة.

❋-أن تكون المحكمة المطلوب إحالة الدعوىٰ إليها مختصة بنظرها.

الإحالة للارتباط:

معنى الارتباط:

يقصد بالارتباط الصلة التي توجد بين دعويين أو أكثر، وتؤدي إلىٰ أن يكون الحكم في أي منها مؤثرا في الدعوىٰ أو الدعاوي الأخرىٰ، مما يجعل من حسن سير القضاء الفصل فيها جميعا بواسطة محكمة واحدة.

شروط الدفع بالإحالة للارتباط:

إذا وجدت علاقة ارتباط بين دعويين مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين جاز الدفع بإحالة أي من هاتين الدعويين إلىٰ أي من المحكمتين ويشترط لهذا:

❋-أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بنظر الدعوىٰ القائمة أماها، ومختصة أيضا بنظر الدعوىٰ المطلوب إحالتها إليها اختصاصا قيميا أو نوعيا دون اشتراط اختصاصها بنظرها محليا.

❋-أن تكون المحكمتان تابعتين لجهة قضائية واحدة وأن يكون من درجة واحدة.

سلطة المحكمة المطلوب الإحالة منها والتزام المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى:

إذا طلب الخصم إحالة الدعوىٰ للارتباط وجب عليه تقديم طلبه إلىٰ المحكمة المطلوب الإحالة منها، ولهذه المحكمة سلطة تقديرية في الاستجابة لهذا الطلب، فإذا قضت بالإحالة وجب علىٰ المحكمة المحال إليها الالتزام بنظر الدعوىٰ المحالة إليها.

الإحالة لاتفاق الخصوم:

يجوز للخصوم الاتفاق علىٰ التقاضي أمام محكمة أخرىٰ غير المرفوعة أمامها



الدعوىٰ بشرطين:

*- أن يحدث هذا الاتفاق بين الخصوم جميعا.

*-أن يتعلق هذا الاتفاق بقاعدة من قواعد الاختصاص التي يجوز الاتفاق علىٰ مخالفتها، أي بقواعد الاختصاص المحلي دون قواعد الاختصاص القيمي أو النوعي.

ويكون للمحكمة المرفوع أمامها الدعوىٰ سلطة تقديرية في الاستجابة بطلب الإحالة للاتفاق رغم توافر هذين الشرطين.

في هذه الحالة يكون هناك دعوتين مرفوعتين أمام محكمتين مختلفتين تتبعان لجهة قضائية واحدة، وكلاهما لها اختصاص بالنظر في الدعوىٰ إلا أن هناك ارتباطا وثيقا بين الدعوتين تجعل من المناسب ومن حسن سير العدالة نظرهما من قبل محكمة واحدة خشية صدور أحكام متناقضة. ويتحقق الارتباط متىٰ كان موضوع الدعويين واحدا ولو اختلف الخصوم.

مثال:

(كما لو رفعت دعوىٰ علىٰ المدين ودعوىٰ أخرىٰ علىٰ الكفيل أمام محكمتين مختلفتين، فيجوز في مثل هذه الحالة الدفع بالإحالة للارتباط).

شروط الدفع بالإحالة للارتباط:

أ-أن تكون المحكمتان -المحكمة المطلوب الإحالة إليها والمحكمة المطلوب الإحالة منها- تابعتين لجهة القضاء العادي.

ب- أن تكون المحكمتان من درجة واحدة، وإلا ترتب علىٰ ذلك إخلال بدرجات التقاضي فلا تجوز الإحالة من محكمة الدرجة الأولىٰ إلىٰ محكمة الدرجة الثانية والعكس صحيح.

ج- أن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بالدعوىٰ القائمة أمامها اختصاصا وظيفيا ونوعيا ومحليا.

ويقدم الدفع بالإحالة للارتباط إلىٰ المحكمة المطلوب الإحالة منها، وعلىٰ هذه المحكمة أن تحكم بهذا الدفع علىٰ وجه السرعة، ويجب عليها أيضا أن تتحقق مقدما من اختصاص المحكمة المطلوب الإحالة إليها بنظر الدعوىٰ المطلوب إحالتها حتىٰ لا يتأخر الفصل في موضوعها، إذ يخشىٰ مثلا أن تحال الدعوىٰ إلىٰ المحكمة الأخرىٰ فتقضي بعدم اختصاصها بنظرها، وتعود من جديد إلىٰ المحكمة الأولىٰ.

ويجب تقديم الدفع بالإحالة في بدء المحاكمة وقبل أي دفع أخر وإلا سقط الحق به.




الفصل الثالث

الفرق بين الدفوع

وقواعد الدفوع




المبحث الأول

الفرق بين الدفوع

اولا: هي التي توجه الى أصل الحق المدعي به

كأن ينكر المدعي عليه وجودة، أو يزعم سقوطه، أو انقضاؤه، أو عدم أحقية المدعي في طلب الحق، كالدفع بالمقاصة، فالدفوع الموضوعية، تشمل كل دفع يترتب عليه قبول رفض دعوىٰ الخصم.

ومن ناحية أخرىٰ، فأن هذه الدفوع تتعلق بأصل الحق، لذا تنظمها القوانين المقررة للحقوق، كالقانون المدني، والتجاري، والعمالي.

ثانيا: يجوز أبداؤها في آية حالة تكون عليها الدعوى

وليس هناك ترتيب خاص فيما بينها، ولا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي تقديم دفع آخر علية، وبهذا تختلف الدفوع الموضوعية عن الدفوع الشكلية.

وإبداء الدفع الموضوعي تعرض للموضوع والحكم فيه بقبوله، هو حكم في موضوع الدعوىٰ، يترتب عليه أنهاء النزاع علىٰ أصل الحق المدعي به، ويحوز حجية الشيء المحكوم به.

وغنىٰ عن البيان، أن للخصم الحق في الإدلاء بجميع أوجه دفاعه أمام محكمة الموضوع، سواء في مرافعته الشفوية أو التحريرية أثناء نظر الدعوىٰ، وكذلك أثناء حجزها للحكم في مذكراته، متىٰ كانت المحكمة قد صرحت بتقديم مذكرات من أجل معين، وقدمت خلاله، وأطلع الخصم الآخر عليها.

تتميز الدفوع الشكلية عن الدفوع الموضوعية الآتي:

أولا: أنها تبدىٰ قبل التكلم في الموضوع، وتبدىٰ معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها مالم تتصل بالنظام العام، وعلىٰ ذلك يعتبر تنازلا عن الدفع الشكلي مجرد



تقديم دفع آخر عليه، أما في الدفوع الموضوعية، فلا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي مجرد، تقديم دفع آخر عليه.

ثانيا: أن المحكمة كقاعدة عام تقضىٰ في الدفع الشكلي قبل البحث في الموضوع، لأن الفصل في الدفع الشكلي قد يغنيها عن التعرض للموضوع، إذا يترتب علىٰ قبوله انقضاء الخصومة أمامها، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تضم الدفع الىٰ الموضوع، إذا رأت أن الفصل في الدفع يستلزم بحث الموضوع، وفي هذه الحالة تصدر فيها حكمها واحدا، بشرط أن تبين في حكمها ما قضت به في كل منها، وللمحكمة علىٰ الرغم من قرار الضم، أن تحكم بعدئذ في الدفع الشكلي وحده بقبوله، وعندئذ قد يغنيها هذا الحكم عن نظر الموضوع.

ثالثا: أن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي، لا يمس أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع، وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام المحكمة.

رابعا: أن استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي، لا يطرح علىٰ محكمة الدرجة الثانية إلا الخصومة في الدفع، وبعبارة أخرىٰ ولاية المحكمة الاستئنافية، تقتصر علىٰ مجرد إعادة النظر في الدفع، ولا يجوز لها أن تقضىٰ في موضوع الدعوىٰ، إن هي ألغت الحكم المستأنف.

المبحث الثاني
قواعد الدفوع

أهم مظاهر الاختلاف بين قواعد الدفوع الشكلية وقواعد الدفوع الموضوعية:

١-من حيث إبداء الدفع، يجب إبداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في الموضوع، أو إبداء دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها قبل ذلك.

٢-باستثناء الدفوع التي تتعلق بالنظام العام كالدفع بعدم الاختصاص القيمي أو النوعي للمحكمة.

٣-الدفوع التي ينشأ سببها بعد الكلام في الموضوع كالدفع بالتأجيل للاطلاع علىٰ المستندات التي أودعها الخصم.

أما الدفوع الموضوعية، فيجوز إبداؤها في أي مرحلة من مراحل سير الدعوىٰ وحتىٰ قبل إقفال باب المرافعة.

٤-يجب إبداء جميع الدفوع الشكلية التي يراد التمسك بها والوجوه التي تبنىٰ عليها معا مرة واحدة وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها.

أما الدفوع الموضوعية فلا يشترط إبداؤها مرة واحدة، ولا يترتب علىٰ إبداء دفع منها سقوط الحق في إبداء دفع أخر بعد ذلك.

من حيث نظر الدفع والحكم فيه وأثره:

١-الأصل أن تفصل المحكمة في الدفع الشكلي أولا، ولكن يجوز لها أن تضم هذا الدفع للموضوع وتفصل فيهما معا بحكم واحد، بشرط أن تبين في حكمها ما قضت به في كل دفع علىٰ حدة.

٢-لا يترتب علىٰ الحكم بقبول الدفع الشكلي إنهاء النزاع في أصل الحق المدعي بها ولا يحول دون إعادة رفع الدعوىٰ علىٰ نحو صحيح.

٣- أما الحكم بقبول الدفع الموضوعي فإنه يحوز حجية الشيء المحكوم فيه مما يترتب عليه عدم جواز رفع ذات الدعوىٰ مرة أخرىٰ بين نفس الخصوم.

٤-إذا استؤنف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي فإن سلطة المحكمة الاستئنافية تقتصر علىٰ النظر في هذا الدفع دون موضوع الدعوىٰ

٥- إذا قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف، وجب عليها أن تعيد القضية إلىٰ محكمة أول درجة للفصل فيها.

أما الحكم في الدفع الموضوعي فإنه يؤدي إلىٰ استنفاذ سلطة المحكمة بالنسبة لنظر الموضوع، فإذا استؤنف الحكم في هذا الدفع وقضت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم المستأنف ترتب علىٰ ذلك طرح الموضوع علىٰ المحكمة الاستئنافية للفصل فيه من جديد.



المبحث الثالث
فوائد التمييز بين
الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية

تتميز فوائد تصنيف الدفوع إلىٰ موضوعية ودفوع أخرىٰ شكلية إلىٰ نتائج كثيرة أهمها:

١-إذا أثار المدعىٰ عليه دفعًا موضوعيًا وقبلت المحكمة دفعه، ردت دعوىٰ المدعي نهائيا، ولا يحق بعد ذلك رفع الدعوىٰ نفسها من جديد أمام القضاء.

ولكن إذا أثار المدعىٰ عليه دفعًا شكليًا جوابًا علىٰ الدعوىٰ وقبلت المحكمة دفعه، فقوة القضية المقضية لا تشمل سوىٰ الدفع فقط، ولا تمس أساس الحق الذي يدعيه المدعي، فيحق لهذا الأخير رفع دعواه من جديد.

٢-إن الدفوع الموضوعية يمكن إثارتها مبدئيا في جميع أطوار المحاكمة بعكس الدفوع الشكلية التي يقتضي إثارتها في بدء الدعوىٰ وقبل أي دفع أخر تحت طائلة سقوط الحق فيه.

٣-تخضع الدفوع الشكلية في تقديمها إلىٰ المحكمة، إلىٰ ترتيبًا خاصا بها، فيجب علىٰ المدعىٰ عليه مراعاة هذا الترتيب، وإلا اعتبر مسقطا حقه في الدفوع التي كان يجب عليه تقديمها قبل غيرها. وأما الدفوع الموضوعية فلا تخضع في تقديمها، إلىٰ أي ترتيب.

٤-يجب مبدئيا علىٰ المحكمة أن تفصل في الدفوع الشكلية قبل البحث في موضوع النزاع، إذ قد يغنيها الفصل في تلك الدفوع من التعرض للموضوع.

المبحث الرابع
الفرق بين الدفوع الشكلية والموضوعية

تشترك الدفوع الشكلية في صفات خاصة تتميز بها عن الدفوع الموضوعية كالتالي:

اولا: انها تبدىٰ قبل التكلم في موضوع الدعوىٰ، اي في بدء النزاع والا سقط الحق في الادلاء بها علىٰ اعتبار ان صاحب الحق فيها قد تنازل عنها، وهذه القاعدة تتمشىٰ مع المنطق السليم، اذ من الطبيعي الا يسمح للمدعي عليه بالتراخي في ابداء هذه الدفوع التي لا تمس اصل الحق بعد التكلم في موضوع، وذلك منعا من تأخير الفصل في الدعوىٰ هذا بالنسبة للدفع التي لا تتعلق بالنظام العام، اما الدفوع المتعلقة بالنظام العام فيجوز أبداؤها في ايه حالة تكون عليها الدعوىٰ، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة المتعلقة بالوظيفة او بنوع القضية.

ثانيا: ان المشرع يوجب ابداء جميع الدفوع الشكلية معا، وبأسبابها قبل التكلم في الموضوع، والا سقط الحق فيما لم يبد منها ما لم يتصل بالنظام العام وعلىٰ ذلك يعتبر تنازلا عن الدفع الشكلي مجرد تقديم دفع اخر عليه، اما في الدفوع الموضوعية فلا يعتبر تنازلا عن الدفع الموضوعي مجرد تقديم دفع اخر عليه.

ثالثا: ان المحكمة كقاعدة عامة تقضي في الدفع الشكلي، قبل البحث في الموضوع لان الفصل في الدفع الشكلي قد يغنيها عن التعرض للموضوع اذ يترتب علىٰ قبوله انقضاء الخصومة امامها، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تقضم الدفع الىٰ الموضوع اذا رأت ان الفصل في الدفع يستلزم بحث الموضوع، وفي هذه الحالة تصدر فيهما حكما واحدا بشرط ان تبين في حكمها ما قضت به في كل منهما.

رابعا: ان الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي، لا يمس اصل الحق وبالتالي لا يترتب عليه انهاء النزاع وانما يترتب عليه انقضاء الخصومة امام المحكمة، كما هو

الحال بالنسبة للحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص او ببطلان ورقه التكليف بالحضور ويجوز تجديد الخصومة بمراعاة الاجراءات الصحيحة اذا لم يكن الحق قد سقط لسبب من الاسباب.

اما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي، فيترتب عليه انهاء النزاع علىٰ اصل الحق المدعىٰ به، وهذا الحكم يحوز حجية الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع امام المحكمة التي اصدرت الحكم او امام أي محكمة أخرىٰ.

خامسا: استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي، لا يطرح علىٰ محكمة الدرجة الثانية الا الخصومة في الدفع، وبعبارة اخرىٰ ولاية المحكمة الاستئنافية تقتصر علىٰ مجرد اعادة النظر في الدفع ولا يجوز لها ان تقضي في موضوع الدعوىٰ ان هي الغت الحكم المستأنف بل يتعين اعادة القضية الىٰ محكمة الدرجة الاولىٰ لتفصل في موضوعها، وذلك لأن هذه المحكمة لم تستنفد ولايتها بالنسبة للموضوع، لان القاعدة ان الاستئناف لا يطرح علىٰ محكمة الدرجة الثانية الا ما رفع عنه الاستئناف من قضاء محكمة اول درجة.

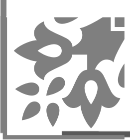


الباب الثالث
البينــات




الفصل الأول

الإقرار




الإقرار هو الشهادة علىٰ النفس، وهو من أهم وأصدق وسائل الإثبات في الشريعة والقانون.

المبحث الأول

تعريف الإقرار في اللغة والاصطلاح

أولا: في اللغة:

من معاني الإقرار في اللّغة: الاعتراف.[١]

يقال: أقرّ بالحقّ إذا اعترف به.[٢]

ثانيا: تعريف الإقرار في الاصطلاح الفقهي:

الإقرار: عرفه جمهور الفقهاء بأنه (الإخبار عن ثبوت حقٍّ للغير علىٰ المخبر).[٣]

وذهب بعض الحنفيّة: إلىٰ أنّه إنشاء.[٤]

وذهب آخرون منهم إلىٰ أنّه إخبار من وجهٍ، وإنشاء من وجهٍ.[٥]

وقد عرفه قانون الإثبات الأردني من خلال المادة (٤٤) والتي جاء فيها [الاقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه للآخر].

١) المغرب في تعريف المعرب ٣/ ٤٤٨

٢) المطلع علىٰ أبواب الفقه ١/ ٢٦٤

٣) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢١٧وفتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٢

٤) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢٢٢وغمز عيون البصائر بشرح الاشباه والنظائر ٥/ ٥٦

٥) فيض الباري شرح صحيح البخاري ٥/ ١٣٧

المبحث الثاني

الحكم التكليفي ومشروعيته

أولا: الحكم التكليفي:

الأصل في الإقرار بحقوق العباد الوجوب.[١]

ومن ذلك: الإقرار بالنّسب الثّابت لئلاّ تضيع الأنساب، لما روىٰ أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنّ رسول اللّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال حين نزلت آية الملاعنة: «أيّما رجلٍ جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب اللّه عنه وفضحه اللّه علىٰ رءوس الأوّلين والآخرين»[٢]

وكذلك الإقرار بالحقّ الّذي عليه للغير إذا كان متعيّنـًا لإثباته، لأنّ ما لا يتمّ الواجب إلاّ به فهو واجب.[٣]

ثانيا: دليل مشروعيّة الإقرار:

ثبتت حجّيّة الإقرار بالكتاب والسّنّة وإجماع الأمة والمعقول.

أمّا الكتاب فقوله تعالىٰ: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ﴾[البقرة: ٢٨٢].

قال البيضاوي: وليكن المملي من عليه الحق لأنه المقر المشهود عليه، والإملال والإملاء واحد.[٤]

قال الرازي: وهذا أمر لهذا المملىٰ الذي عليه الحق بأن يقر بمبلغ المال الذي عليه ولا ينقص منه شيئـًا.[٥]

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٧٣والمجموع شرح المهذب ٢٠/ ٣٠٢

٢) المستدرك ٢ / ٢٢٠ رقم ٢٨١٤ قال الذهبي في التلخيص: علىٰ شرط مسلم

٣) التقرير والتحبير ٢/ ٣٧٢وتيسير التحرير ٢/ ٣٢٤

٤) تفسير البيضاوي ١/ ٣١١

٥) تفسير الرازي ٤/ ٥٢

وقوله تعالىٰ: ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾ ﴾[القيامة].

قال البيضاوي: حجة بينة علىٰ أعمالها لأنه شاهد بها، وصفها بالبصارة علىٰ المجاز، أو عين بصيرة فلا يحتاج إلىٰ الإنباء.(١)

قال: ابن عبّاسٍ أي شاهد.(٢)

وقوله تعالىٰ: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّۦنَ لَمَآ ءَاتَيْتُكُم مِّن كِتَٰبٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِۦ وَلَتَنصُرُنَّهُۥ ۚ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا ﴾[آل عمران: ٨١].

قال البيضاوي: أي فليشهد بعضكم علىٰ بعض بالإقرار.(٣)

جاء في المحرر الوجيز: هي وصف توقيف الأنبياء علىٰ إقرارهم بهذا الميثاق والتزامهم له وأخذ عهد الله فيه.(٤)

وقوله تعالىٰ: ﴿ وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُوا۟ بِذُنُوبِهِمْ ﴾[التوبة: ١٠٢] أي أقرُّوا بذنوبهم.(٥)

وقوله تعالىٰ: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ۖ قَالُوا۟ بَلَىٰ ۛ شَهِدْنَآ ﴾[الأعراف: ١٧٢].

قال البيضاوي ركب في عقولهم ما يدعوهم إلىٰ الاقرار بها حتىٰ صاروا بمنزلة من قيل لهم: ﴿قَالُوا۟ بَلَىٰ﴾ فنزل تمكينهم من العلم بها وتمكنهم منه بمنزلة الإشهاد والاعتراف علىٰ طريقة التمثيل.(٦)

أمّا السنّة:

عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ وزيد بن خالد الجهني رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أنهما قالا: إن رجلا من

---

١) تفسير البيضاوي ٥/ ٣٤٨
٢) تفسير القرطبي ١٩/ ٩٩
٣) تفسير البيضاوي ١/ ٣٦١
٤) المحرر الوجيز ١/ ٤٥٤
٥) تفسير الطبري ١٤/ ٤٤٦وتفسير القرطبي ٨/ ٢٤١
٦) تفسير البيضاوي ٢/ ٣٣٤

الأعراب أتىٰ رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه نعم فاقض بيننا بكتاب الله وأذن لي فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (قل). قال إن ابني كان عسيفا علىٰ هذا فزنىٰ بامرأته وإني أخبرت أن علىٰ ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبروني أنما علىٰ ابني جلد مائة وتغريب عام وأن علىٰ امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله الوليدة والغنم رد وعلىٰ ابنك جلد مائة وتغريب عام اغد يا أنيس إلىٰ امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، قال فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرجمت»[1] فإذا وجب الحدّ بإقراره علىٰ نفسه فالمال أولىٰ أن يجب.

أمّا الإجماع:

فلأنّ الأمّة أجمعت علىٰ أنّ الإقرار حجّة قاصرة علىٰ المقرّ، حتّىٰ أوجبوا عليه الحدود والقصاص بإقراره، والمال أولىٰ.[2]

أمّا المعقول:

لان الاقرار إخبار علىٰ وجه تنتفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب علىٰ نفسه كذبا يضربها ولهذا كان آكد من الشهادة فان المدعىٰ عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة وانما ستمع إذا أنكر ولو كذب المدعي بينته لم تسمع وإن كذب المقر ثم صدقه سمع.[3]

١) صحيح البخاري ٢ / ٩٧١ رقم ٢٥٧٥و صحيح مسلم ٣ / ١٣٢٤رقم ١٦٩٧
٢) الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٧١
٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٧١

المبحث الثالث
أثر الإقرار وحجيته

أولا: أثر الإقرار

ظهور ما أقرّ به، وثبوت الحقّ في الماضي، لا إنشاء الحقّ ابتداءً، فلو أقرّ لغيره بمالٍ والمقرّ له يعلم أنّ المقرّ كاذب في إقراره، لا يحلّ له أخذ المال عن كرهٍ منه فيما بينه وبين اللّه تعالىٰ، إلاّ أن يسلّمه إيّاه بطيب نفسٍ منه فيكون تمليكـًا مبتدأً علىٰ سبيل الهبة.(١)

ثانيا: حجّيّة الإقرار

الإقرار خبر، فيحتمل فيه الصدق والكذب باعتبار ظاهره، ولكنّه جعل حجّةً لظهور رجحان جانب الصّدق فيه، إذ المقرّ غير متّهمٍ فيما يقرّ به علىٰ نفسه.

قال ابن القيّم: الحكم بالإقرار يلزم قبوله بلا خلافٍ.(٢)

ولأن الحكم بالإقرار حكم بيقين، وبالبينة حكم بالظن.(٣)

والأصل أنّ الإقرار حجّة بنفسه، ولا يحتاج لثبوت الحقّ به إلىٰ القضاء، فهو أقوىٰ ما يحكم به، وهو مقدّم علىٰ البيّنة. ولهذا يبدأ الحاكم بالسّؤال عنه قبل السّؤال عن الشّهادة.

ولذا قيل: إنّه سيّد الحجج، إلا أنّ حجّيّته قاصرة علىٰ المقرّ وحده لقصور ولاية المقرّ عن غيره فيقتصر عليه. فلا يصحّ إلزام أحدٍ بعقوبةٍ نتيجة إقرار آخر بأنّه شاركه في جريمته. وهذا ما جرىٰ عليه القضاء في عهد الرّسول صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ.(٤)

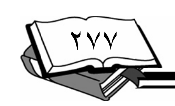
---

١) فتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٤

٢) كشاف القناع ٢٢/ ٢١١ والشرح الكبير لابن قدامة ١١/ ٤٢٤ والإنصاف ١٧/ ٧٢

٣) شرح النووي علىٰ مسلم ٦/ ٩٢ رقم ٣١٨١

٤) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٨/ ٤٨٥



عن سهل بن سعد أن رجلا من أسلم جاء إلىٰ النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ فقال: «إنّه قد زنىٰ بامرأةٍ -سمّاها- فأرسل النّبيّ صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ إلىٰ المرأة فدعاها فسألها عمّا قال، فأنكرت فحدّه وتركها»[1] إلا أنّ هناك بعض حالاتٍ لا بدّ فيها للحكم بمقتضىٰ الإقرار من إقامة البيّنة أيضـًا، وهذا إذا ما طلب تعدّي الحكم إلىٰ الغير.

وقد أشار قانون البينات الأردني إلىٰ ذلك من خلال المادة (٥٠) والتي جاء فيها:

١-يلزم المرء بإقراره الا إذا كذب بحكم.

٢-لا يصح الرجوع عن الاقرار إلا لخطأ في الواقع علىٰ ان يثبت المقر ذلك.

والمادة (٥١) والتي جاء فيها [الاقرار حجة قاصرة علىٰ المقر].

وكذلك المادة (٥٢) والتي جاء فيها [الاقرار في غير مجلس الحكم لا يقبل اثباته بشهادة الشهود ما لم تسبقه قرائن قوية تدل علىٰ وقوعه]. فهذه المادة لم تعتبر الإقرار حجة إلا إذا كان في مجلس القاضي، جاء في القرار الاستئنافي رقم (١١٠٠٧) [المرء مؤاخذ بإقراره ولا يجوز الرجوع عنه في حقوق العباد].

والاقرار اللاحق لا يهدم حق الغير الذي ثبت واستقر في ذمته بالإقرار الأول إلا إذا صادقه الغير في هذا الإقرار أو كان الإقرار الأول من حيث هو غير جائز شرعا أو قانونا.[2]

كما جاء في القرار الاستئنافي رقم (٨٣٦٠) الإقرار إذا كان مناقضا للأمارات والقرائن القوية فلا يكفي. فاذا تبين من بعض الدلائل والامارات القوية ان الإقرار الواقع غير صحيح فلا ينبغي ان يكتفىٰ بالإقرار بل يلزم ان تتحقق المحكمة من صحته او كذبه إذ لو استند حكمها علىٰ مجرد الإقرار مع وجود الأدلة القوية الدالة

---

١) مسند أحمد بن حنبل ٥ / ٣٣٩ رقم ٢٢٩٢٦ قال شعيب الأرنؤوط: حديث حسن وهذا إسناد ضعيف لضعف مسلم بن خالد الزنجي

٢) انظر القرار الاستئنافي الشرعي رقم ٢٣٥٠٢

علىٰ كذبه تكون قد جعلت الإقرار سندا للوجوب وهذا مخالف لنص المادة (١٦٢٨) من المجلة [الإقرار لا يكون سببا للملك].

كما أشارت إلىٰ ذلك المادة (١٥٨٧) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها [يلزم المرء بإقراره]. يلزم المرء بإقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين ولكن إذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقىٰ لإقراره حكم وهو أنه إذا ظهر مستحق ادعىٰ الشيء الذي اشتراه أحد وكان في يده وعند المحاكمة قال ذو اليد هذا كان مال فلان باعني إياه وأثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك فيرجع ذو اليد علىٰ البائع ويسترد ثمن المبيع منه وإن كان قد أقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وأنكر دعوىٰ المستحق، لأن إقراره كذب بحكم الحاكم ولم يبق له حكم فلا يكون مانعـًا للرجوع.

جاء في القرار الاستئنافي رقم (١١٢٣٩) [الإقرار أقوىٰ وسائل الحكم].

المبحث الرابع
سبب الإقرار وأركانه

أولا: سبب الإقرار

يقول الكمال بن الهمام: سبب الإقرار إرادة إسقاط الواجب عن ذمّته بإخباره وإعلامه، لئلاّ يبقىٰ في تبعة الواجب[١] فالإقرار إذا صدر في دعوىٰ فملزم للمقر رفي دعوىٰ أخرىٰ، فاذا أقر المدعىٰ عليه بدعوىٰ نفقة الصغيرة بنسبها اليه وفرض لها نفقة فهذا الإقرار ملزم له ولا يصح الرجوع عنه في دعوىٰ النسب.[٢]

ثانيا: اركان الإقرار

أركان الإقرار عند الحنفية:

للإقرار عند الحنفيّة ركن واحد فقط وهو الصّيغة، صراحةً كانت أو دلالةً، وذلك لأنّ الرّكن عندهم: ما يتوقّف عليه وجود الشّيء، وهو جزء من ماهيّته.

جاء في البدائع: لا يخلو إما أن يكون مطلقا وإما أن يكون ملحقا بقرينة، فالمطلق هو قوله: لفلان علي كذا، وما يجري مجراه خاليا عن القرائن.

وأما الملحق بالقرينة فبيانه يشتمل علىٰ فصل بيان ما يصدق للمقر فيما ألحق بإقراره من القرائن ما لا يكون رجوعا وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا، فنقول: القرينة في الأصل نوعان: قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية علىٰ الحقيقة، وقرينة مبنية علىٰ الإطلاق.

أما القرينة المغيرة من حيث الظاهر والمبنية علىٰ الحقيقة فهي المسقطة لاسم الجملة فيعتبر بها الاسم لكن يتبين بها المراد فكان تغييرا صورة تبيينا معنىٰ.

---

١) فتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٤

٢) انظر القرار الاستئنافي الشرعي رقم ١٠٩٦٩



وأما القرينة المغيرة فتتنوع ثلاثة أنواع: نوع يدخل في أصل الإقرار، ونوع يدخل علىٰ وصف المقر به، ونوع يدخل علىٰ قدره وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا.

أما الذي يدخل علىٰ أصل الإقرار فنحو التعليق بمشيئة الله تعالىٰ متصلا باللفظ بأن قال: لفلان علي ألف درهم إن شاء الله تعالىٰ، وهذا يمنع صحة الإقرار أصلا؛ لأن تعليق مشيئة الله تبارك وتعالىٰ بكون الألف في الذمة أمرا لا يعرف فإن شاء كان وإن لم يشأ لم يكن، فلا يصح الإقرار مع الاحتمال، ولأن الإقرار إخبار عن كائن، والكائن لا يحتمل تعليق كونه بالمشيئة فإن الفاعل إذا قال: أنا فاعل إن شاء الله تعالىٰ، يستحق؛ ولهذا أبطلنا القول بالاستثناء في الأيمان.(١)

أركان الإقرار عند غير الحنفيّة:

أركان الإقرار أربعة: مقرّ، ومقرّ له، ومقرّ به، وصيغة، وذلك لأنّ الرّكن عندهم هو ما لا يتمّ الشّيء إلاّ به، سواء أكان جزءاً منه أم لازمـًا له.

وزاد بعضهم: المقرّ عنده من حاكمٍ أو شاهدٍ، وقال: وهذه الزّيادة محلّ نظرٍ، إذ لو توقّف تحقّق الإقرار علىٰ ذلك لزم أنّه لو أقرّ خاليـًا بحيث لا يسمعه شاهد، ولم يكن أمام قاضٍ، ثمّ بعد مدّةٍ تبيّن أنّه أقرّ علىٰ هذا الوجه في يوم كذا، لم يعتدّ بهذا الإقرار، لعدم وجود هذا الرّكن الزّائد، وهو ممنوع، ولذا فإنّه لا يشترط.(٢)

الركن الأول: المقر

المقرّ: هو من صدر منه الإخبار عن ثبوت حقٍّ للغير علىٰ نفسه وتشترط فيه عدة شروط:

---

١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ١٦/ ١٩١

٢) تحفة المحتاج ٢٢/ ٢٥٦وحاشية الجمل ١٣/ ٣٤٧ونهاية المحتاج ١٥/ ٤٥٤

الشّرط الأوّل: المعلوميّة

أوّل ما يشترط لاعتبار الإقرار والأخذ به أن يكون المقرّ معلوماً حتّىٰ لو قال رجلان: لفلانٍ علىٰ واحدٍ منّا ألف درهمٍ لا يصحّ، لأنّه إذا لم يكن معلوماً لا يتمكّن المقرّ له من المطالبة، وكذلك إذا قال أحدهما: غصب واحد منّا، أو زنىٰ، أو سرق، أو شرب، أو قذف، لأنّ من عليه الحقّ غير معلومٍ ويجبران علىٰ البيان.[1]

الشّرط الثّاني: العقل

يشترط في المقرّ أن يكون عاقلاً مميزا. فلا يصحّ إقرار الصّبيّ غير المميّز والمجنون والمعتوه والنّائم والسّكران.

وقد أشار قانون البينات إلىٰ شروط الإقرار من خلال:

المادة (٤٧) والتي جاء فيها [يشترط ان يكون المقر عاقلا بالغاً غير محجور عليه فلا يصح إقرار الصغير او المجنون والمعتوه والسفيه ولا يصح علىٰ هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم ولكن الصغير المميز المأذون يكون لإقراره حكم اقرار البالغ في الامور المأذون بها].

والمادة (٤٨) والتي جاء فيها [يشترط الا يكذب ظاهر الحال الإقرار].

جاء في القرار الاستئنافي الشرعي (رقم ١٢٩٨٧) [إذا صدر الإقرار من لم يتحقق بلوغه فغير معتبر].

١-إقرار المعتوه:

لا يصحّ إقرار المعتوه ولو بعد البلوغ، لأنّ حكمه حكم الصّبيّ المميّز، فلا يلتزم بشيءٍ فيه ضرر إلاّ إذا كان مأذوناً له فيصحّ إقراره بالمال، لكونه من ضرورات التّجارة: كالدّيون، والودائع، والمضاربات، والغصوب، فيصحّ إقراره. لالتحاقه في

١) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٣٨

حقّها بالبالغ العامل. بخلاف ما ليس من باب التّجارة: كالمهر، والجناية، والكفالة، حيث لا يصحّ إقراره بها لأنّها لا تدخل تحت الإذن.[١]

٢- إقرار النّائم والمغمى عليه:

النّائم والمغمىٰ عليه إقرارهما كإقرار المجنون، لأنّهما حال النّوم والإغماء ليسا من أهل المعرفة والتّمييز، وهما شرطان لصحّة الإقرار.

٣- إقرار السّكران:

السّكران من فقد عقله بتناول ما يسكر.

يرىٰ الحنفية: أن إقرار السّكران جائز بالحقوق كلّها إلاّ الحدود الخالصة، والرّدّة بمنزلة سائر التّصرّفات إذا كان سكره بطريقٍ محظورٍ، لأنّه لا ينافي الخطاب، إلاّ إذا أقرّ بما يقبل الرّجوع كالحدود الخالصة حقّاً للّه تعالىٰ، لأنّ السّكران يكاد لا يثبت علىٰ شيءٍ فأقيم السّكر مقامه فيما يحتمل الرّجوع فلا يلزمه شيء.[٢] وإن سكر بطريقٍ غير محرّمٍ، كمن شرب المسكر مكرهاً لا يلزمه شيء، وكذا من شرب ما لا يعلم أنّه مسكر فسكر بذلك.

٤- إقرار السّفيه:

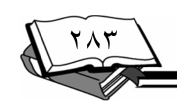
ذهب الحنفية إلىٰ أن إقرار السّفيه بالمال بعد الحجر عليه لا يصحّ، لأنّه من التّصرّفات الضّارّة المحضة من حيث الظّاهر، وإنّما قبل الإقرار من المأذون للضّرورة.[٣]

---

١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٢/ ٢٩٩

٢) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٤٠ والبحر الرائق ٥/ ٤٤ وفتح القدير شرح الهداية ١٢/ ٦٨ والمجموع ١٧/ ٦٣ والحاوي للماوردي ٧/ ٧

٣) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ٥/ ٣٤٦



وإذا بلغ الصّبيّ سفيهـًا أو ذا غفلةٍ وحجر عليه بسبب ذلك أو اعتبر محجوراً عليه فإنّه في تصرّفاته الماليّة الضّارّة يأخذ حكم الصّبيّ المميّز، فإذا تزوّج وأقرّ بأنّ المهر الّذي قرّره لها أكثر من مهر المثل فالزّيادة باطلة، وهكذا فإنّ القاضي يردّ كلّ تصرّفاته الماليّة الضّارّة.[١]

وعلىٰ القول بأنّ الحجر عليه لا بدّ من الحكم به ولا يكون تلقائيّـًا بسبب السّفه فإنّ السّفيه المهمل -أي الّذي لم يحجر عليه- يصحّ إقراره.[٢]

الشّرط الثّالث: البلوغ

ذهب أبو حنيفة ونص عليه الحنابلة أنه المذهب أن البلوغ ليس بشرطٍ لصحّة الإقرار فيصحّ إقرار الصّبيّ العاقل المأذون له بالدّين والعين، لأنّ ذلك من ضرورات التّجارة، ويصحّ إقراره في قدر ما أذن له فيه دون ما زاد.[٣]

الشّرط الرّابع: فهم المُقِرّ لما يُقِرُ به

لا بدّ للزوم الإقرار واعتباره أن تكون الصّيغة مفهومةً للمقرّ فلو لقّن العامّيّ كلماتٍ عربيّةً لا يعرف معناها لم يؤاخذ بها، لأنّه لمّا لم يعرف مدلولها يستحيل عليه قصدها، لأنّ العامّيّ -غير المخالط للفقهاء- يقبل منه دعوىٰ الجهل بمدلول كثيرٍ من ألفاظ الفقهاء، بخلاف المخالط فلا يقبل منه فيما لا يخفىٰ علىٰ مثله معناه.[٤]

وإن أقر العربي بالعجمية أو بالعكس بأن أقر الأعجمي بالعربية وقال لم أدر ما

---

١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٢/ ٣٦٣

٢) الأشباه والنظائر ١/ ٢٧٥

٣) رد المحتار ٦/ ١٤٦وبدائع الصنائع ٩/ ١٧١والعناية شرح الهداية ١٣/ ٢٨١ومجمع الأنهر في شرح ملتقىٰ الأبحر ٦/ ٣٧٧والمغني ١٠/ ٣٦٦

٤) تحفة المحتاج ٢٢/ ٢٣٨وحاشية الجمل ١٣/ ٣٥٥وحاشية البيجرمي علىٰ المنهج ٩/ ٢٥١ونهاية المحتاج ١٦/ ٨

قلت فقوله مع يمينه لأنه أدرىٰ بنفسه والظاهر معه.(١)

الشّرط الخامس: الاختيار

يشترط في المقرّ الاختيار، مدعاةً للصّدق، فيؤاخذ به المكلّف بلا حجرٍ، أي حال كونه غير محجورٍ عليه. فإذا أقرّ الحرّ البالغ العاقل طواعيةً بحقٍّ لزمه.(٢)

الإكراه في الإقرار:

قال ابن نجيم: إقرار المكره باطل.(٣)

معنى الإكراه:

حمل الغير علىٰ ان يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه.(٤)

والإكراه نوعان:

١-**الإكراه الملجئ**: وهو أن يضطر الفاعل الىٰ مباشرة الفعل خوفا من فوات النفس او ما في معناها كالعضو، وهو معدم الرضا مفسد للاختيار.

٢-**الإكراه غير الملجئ**: وذلك بان يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس او العضو وهو معدم للرضا غير مفسد للاختيار.(٥)

تشير هذه القاعدة – إقرار المكره باطل – إلىٰ أن من أكره علىٰ الإقرار بشيء ما إكراها ملجئا فإن إقراره باطل، ولا يترتب عليه أي أثر سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن فلإكراه إذا انتهىٰ إلىٰ حد الإلجاء لم يتعلق به حكم.(٦)

---

١) كشاف القناع علىٰ متن الإقناع ٢٣/ ٢٩٩

٢) شرح ميارة ٦/ ١٠٨وتحفة المحتاج ٢٢/ ٣٠٧

٣) ابن نجيم الأشباه والنظائر ٣/ ٤٣

٤) رد المحتار ٦/ ١٢٨وبدائع الصنائع ٧/ ١٧٥

٥) التلويح ٢/ ٤٢٠

٦) بدائع الصنائع ٧/ ١٨٩و الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٣٣

فأما إذا كان الإكراه علىٰ الإقرار فيمنع صحة الإقرار سواء كان المقر به محتملا للفسخ أو لم يكن؛ لأن الإقرار إخبار، وصحة الإخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا علىٰ الإخبار، والمخبر به ههنا يحتمل الوجود والعدم، وإنما يترجح جنبة الوجود علىٰ جنبة العدم بالصدق، وحال الإكراه لا يدل علىٰ الصدق؛ لأن الإنسان لا يتحرج عن الكذب حالة الإكراه فلا يثبت الرجحان ولأن الإقرار من باب الشهادة قال تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾[النساء: ١٣٥] والشهادة علىٰ أنفسهم ليس إلا الإقرار علىٰ أنفسهم، والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الإكراه.[١]

ويستثنىٰ من هذه القاعدة:

١-**من أكره بحق** فإقراره صحيح كمن أقر بشيء مجهول ولم يبينه فطولب ببيانه فامتنع فأكره علىٰ بيانه فيصح لأنه غي مكره.[٢]

٢-**من أكره علىٰ الإقرار بشيء فأقر بغير ما أكره عليه،** كأن يكره علىٰ الإقرار بدنانير فأقر بدراهم، فيصح إقراره، ويكون كما لو أقر به ابتداء ذلك لأنه مختار فيما أقر به، وشرط الإكراه ألا يتجاوز ما أكره عليه إلىٰ غيره.[٣]

الشّرط السّادس: عدم التّهمة

يشترط في المقرّ لصحّة إقراره أن يكون غير متّهمٍ في إقراره، لأنّ التّهمة تخلّ برجحان الصّدق علىٰ جانب الكذب في إقراره، لأنّ إقرار الإنسان علىٰ نفسه شهادة.[٤]

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ١٢١

٢) حاشية الشبراملسي مع نهاية المحتاج ٥/ ٧١

٣) المغني ٥/ ٢٧٣وكشاف القناع ٦/ ٤٥٤

٤) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٣٨

قال اللّه تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾[النساء: ١٣٥].

قال الكاساني: وشهادة الإنسان علىٰ نفسه إقرار[١] والشّهادة ترد بالتّهمة.

ممن يتهم في إقراره:

١-من أقرّ لمن بينه وبينه صداقة أو مخالطة.

٢- المدين المحجور عليه،

لإحاطة الدّين بماله الّذي حجر عليه فيه، وهو ما يعبّر عنه بالمفلس.[٢] لأن المفلس بالنّسبة لما فلّس فيه متّهم في إقراره، فلا يقبل إقراره لأحدٍ، حيث كان الدّين الّذي فلّس فيه ثابتـًا بالبيّنة، لأنّه متّهم علىٰ ضياع مال الغرماء، ولا يبطل الإقرار، بل هو لازم يتبع به في ذمّته، ويؤاخذ به المقرّ فيما يجدّ له من مالٍ فقط، ولا يحاصّ المقرّ له الغرماء بالدّين الّذي أقرّ له به المفلس.

٣- إقرار المريض مرض الموت:

جاء في المادة (١٥٩٥) من المجلة تعريفا لمرض الموت حيث جاء فيها [مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور. ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت علىٰ ذلك الحال قبل مرور سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلىٰ الوفاة مرض موت].

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ٤٣

٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٩٨ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٤/ ١٧٤

ممّن يتّهم في إقراره: المريض مرض موتٍ في بعض الحالات وإن كان الأصل أنّ المرض ليس بمانعٍ من صحّة الإقرار في الجملة. إذ الصّحّة ليست شرطـًا في المقرّ لصحّة إقراره، لأنّ صحّة إقرار الصّحيح برجحان جانب الصّدق، وحال المريض أدلّ علىٰ الصّدق، فكان إقراره أولىٰ بالقبول.

وعلىٰ هذا: فإقرار المريض مرض موتٍ بالحدّ والقصاص مقبول اتّفاقـًا، وكذا إقراره بدينٍ لأجنبيٍّ فإنّه ينفذ من كلّ ماله ما لم يكن عليه ديون أقرّ بها في حال صحّته عند الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة، وأصحّ الرّوايات عند الحنابلة، وهو المذهب عندهم، وجزم به في الوجيز، لأنّه لم يتضمّن إبطال حقّ الغير وكان المقرّ له أولىٰ من الورثة، لقول عمر: إذا أقرّ المريض بدينٍ جاز ذلك عليه في جميع تركته، ولأنّ قضاء الدّين من الحوائج الأصليّة، وحقّ الورثة يتعلّق بالتّركة بشرط الفراغ.[1] وفي رواية عند الحنابلة: أنّه لا يقبل، وفي روايةٍ أخرىٰ عندهم لا يصحّ بزيادةٍ علىٰ الثّلث.[2]

إقرار المريض لوارثٍ:

وقد عرفت المادة (١٥٩٩) من المجلة المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثا للمريض في وقت وفاته وأما الوارثة الحادثة الحاصلة بالسبب الحادث في وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تكون مانعة لصحة الإقرار فعليه كما أنه إذا اقر أحد بمال لامرأة أجنبية في مرض موته ثم تزوج بها ومات فيكون إقراره نافذاً وأما الإقرار لمن كانت وراثته قديمة ولم تكن حاصلة بسبب حادث فلا يكون نافذا. مثلاً لو أقر من له ابن بمال لأحد إخوته من أبويه ثم مات بعد موت ابنه لا يكون إقراره نافذاً لما أن أخاه يرثه من حيث كونه أخا له.

---

١) العناية شرح الهداية ١٢/ ٢٧واللباب شرح الكتاب ١/ ٣٩٩ونصب الراية في تخريج أحاديث الهداية ١٠/ ٢٤٢والشرح الكبير ٥/ ٢٧٤

٢) الشرح الكبير ٥/ ٢٧٤والانصاف ١٧/ ٤٢١

إقرار المريض لوارثٍ باطل عند الحنفيّة والمذهب عند الحنابلة، وفي قولٍ للشّافعيّة. إلاّ أن يصدّقه الورثة أو يثبت ببيّنةٍ.[١]

جاء في المادة (١٥٩٧) من المجلة [لو اقر أحد حال مرضه بمال لأحد ورثته وأفاق بعد إقراره من ذلك المرض يكون إقراره هذا معتبرا].

وجاء في المادة (١٥٩٨) من المجلة [إذا اقر أحد في مرض موته بعين أو دين لأحد ورثته ثم مات يكون إقراره موقوفا علىٰ إجازة باقي الورثة فإن أجازوه كان معتبرا وإلا فلا، ولكن إذا كان قد صدقه باقي الورثة في حال حياة المقر فليس لهم الرجوع عن تصديقهم ويكون ذلك الإقرار معتبرا وأيضـًا الإقرار للوارث بالأمانة صحيح علىٰ كل حال وهو أنه إذا أقر أحد في مرض موته بكونه قد قبض أمانته التي هي عند وارثه أو أقر بكونه قد استهلك أمانة وارثة المعلومة التي أودعها عنده يصح إقراره. مثلاً لو أقر في مرض موته بقوله أخذت وقبضت أمانتي التي أودعتها عند ابني فلان يصح إقراره ويكون معتبراً. وكذا لو قال إن ابني فلانـًا أخذ طلبي الذي هو علىٰ فلان بالوكالة وسلمه إلي يكون معتبراً. وكذلك لو قال قد بعت خاتم الألماس الذي كان وديعة أو عارية عندي لابني فلان وقيمته خمسة آلاف قرش وصرفت ثمنه في أموري واستهلكته يكون إقراره معتبراً ويلزم تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة].

إقرار المريض بالإبراء:

ذهب الحنفيّة: إلىٰ أنه إذا أقر المريض أنه كان أبرأ فلانا من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز لأنه لا يملك إنشاء الإبراء للحال فلا يملك الإقرار به بخلاف الإقرار باستيفاء الدين لأنه إقرار بقبض الدين وأنه يملك إنشاء القبض فيملك الإخبار عنه بالإقرار.[٢]

---

١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ٢٧/ ٩٨ والإنصاف ١١/ ١٦٧

٢) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٥٧

الرّكن الثّاني: المقرّ له، وما يشترط فيه

المقرّ له من يثبت له الحقّ المقرّ به، ويحقّ له المطالبة به أو العفو عنه واشترط الفقهاء فيه ما يأتي:

الشرط الأول: ألاّ يكون المقرّ له مجهولاً

فلا بدّ أن يكون معيّنـًا، بحيث يمكن أن يطالب به، ولو كان حملاً.

كأن يقول: عليّ ألف لفلانٍ، أو عليّ ألف لحمل فلانة، أو يكون مجهولاً جهالةً غير فاحشةٍ، كأن يقول: عليّ مال لأحد هؤلاء العشرة، أو لأحد أهل البلد، وكانوا محصورين عند الشّافعيّة.(١)

فإذا وجد الإقرار مع جهالة المقرّ له:

فقد أجمع الفقهاء علىٰ أنّ الجهالة الفاحشة بالمقرّ له لا يصحّ معها الإقرار، لأنّ المجهول لا يصلح مستحقّـًا، إذ لا يجبر المقرّ علىٰ البيان، من غير تعيين المستحقّ، فلا يفيد الإقرار شيئـًا.(٢)

الشرط الثاني: أهليّة الاستحقاق للمقرّ بالمقرّ به حسّاً وشرعاً

فلو أقرّ لبهيمةٍ أو دارٍ، بأنّ لها عليه ألفـًا وأطلق لم يصح إقراره لها، وكان باطلا؛ لأنها لا تملك المال مطلقا، ولا يد لها وليست من أهل الاستحقاق.(٣)

أمّا لو ذكر سببـًا يمكن أن ينسب إليه، كما لو قال: عليّ كذا لهذه الدّابّة بسبب الجناية عليها، أو لهذه الدّار بسبب غصبها أو إجارتها:

---

١) نهاية المحتاج ١٥/ ٤٨٠وتحفة المحتاج ٢٢/ ٢٩٣

٢) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٤١ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٨/ ٣٣٥وتكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢٢٥وفتاوىٰ السبكي ٢/ ٢٣٦والحاوي للماوردي ٧/ ٨والمغني ١٠/ ٤٣٣

٣) المغني ١٠/ ٣٧٠

ذهب الجمهور: إلىٰ أنّ هذا الإقرار صحيح، ويكون الإقرار في الحقيقة لصاحب الدّابّة أو الدّار وقت الإقرار وهو اختيار المرداويّ، كما جزم به صاحب الرّعاية، وابن مفلحٍ في الفروع من الحنابلة.[١]

لكن جمهور الحنابلة علىٰ أنّ هذا الإقرار لا يصحّ، لأنّ هذا الإقرار وقع للدّار وللدّابّة، وهما ليستا من أهل الاستحقاق.[٢]

الإقرار للحمل:

قال أبو يوسف من الحنفيّة: إن أجمل الإقرار لا يصحّ، لأنّ الإقرار المبهم يحتمل الصّحّة والفساد، لأنّه إن كان يصحّ بالحمل علىٰ الوصيّة والإرث فإنّه يفسد بالحمل علىٰ البيع والغصب والقرض، كما أنّ الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم، والشّكّ من وجهٍ واحدٍ يمنع صحّة الإقرار، فمن وجهين أولىٰ.[٣]

وقال محمّد: يصحّ حملاً لإقرار العاقل علىٰ الصّحّة.[٤]

إن أقرّ لحمل امرأةٍ عيّنها بدينٍ أو عيّن فقال: عليّ كذا، أو عندي كذا لهذا الحمل وبيّن السّبب فقال: بإرثٍ أو وصيّةٍ، كان الإقرار معتبراً ولزمه ما أقرّ به لإمكانه. وكان الخصم في ذلك وليّ الحمل عند الوضع، إلاّ إذا تمّ الوضع لأكثر من أربع سنين - من حين الاستحقاق مطلقـًا- الّتي هي أقصىٰ مدّة الحمل -كما يرىٰ فريق من الفقهاء- أو لستّة أشهرٍ فأكثر -الّتي هي أقلّ مدّة الحمل- وهي فراش لم يستحقّ، لاحتمال حدوث الحمل بعد الإقرار.[٥]

---

١) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢٥٦والمبسوط للسرخسي ١٨/ ٧٨ودرر الحكام شرح غرر الاحكام ٨/ ١٥٥وتحفة المحتاج ٢٢/ ٢٩٤ومغني المحتاج ٨/ ٤٢٢وحاشية البيجرمي علىٰ الخطيب ٨/ ٢٥٨ والمغني ١٠/ ٤٢٢

٢) المغني ١٠/ ٤٢٢

٣) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٤١

٤) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٤١

٥) مواهب الجليل ١٥/ ١٥٦

ولا يصحّ الإقرار إلاّ لحملٍ يتيقّن وجوده عند الإقرار، ويكون ذلك بما إذا وضعته لأقلّ من ستّة أشهرٍ، أو لأكثر من ذلك إلىٰ سنتين عند الحنفيّة، وإلىٰ أربعةٍ عند الشّافعيّة.(١)

الشّرط الثّالث: ألاّ يُكَذّب المقرّ في إقراره

يشترط الفقهاء لصحّة الإقرار ألاّ يكذّب المقرّ له المقرّ فيما أقرّ به، فإن كذّبه بطل إقراره لأنّ الإقرار ممّا يرتدّ بالرّدّ إلاّ في بعض مسائل: منها الإقرار بالحرّيّة والرّقّ والنّسب وولاء العتاقة والوقف والطّلاق والميراث والنّكاح وابراء الكفيل وإبراء المدين بعد قوله: أبرئني.(٢)

فلو قال المقرّ له للمقرّ: ليس لي عليك شيء، أو لا علم لي، واستمرّ التّكذيب فلا يؤاخذ بإقراره. والتّكذيب يعتبر من بالغٍ رشيدٍ.(٣)

جاء في المادة (١٥٩٠) من مجلة الأحكام العدلية بموضوع الإقرار للغير ما نصه [إذا اقر أحد لآخر بقوله لك في ذمتي كذا طلب وقال الآخر هذا الطلب ليس لي وإنما هو لفلان وصدقة ذلك فيكون ذلك الطلب له ولكن يكون حق قبضه للمقر له الأول يعني لا يجبر المديون علىٰ أداء المقر به للمقر له الثاني إذا طالبه وإذا أعطىٰ المديون المقر به للمقر له الثاني برضاه فتبرأ ذمته وليس للمقر له الأول أن يطالبه به].

١) المهذب ٤/ ٤٨٧والمجموع شرح المهذب ٢٠/ ٢٩٧

٢) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢١٧وبدائع الصنائع ١٦/ ٢٦١والمبسوط ١٧/ ١١٩والجوهرة النيرة شرح القدوري ٢/ ٤٥٩وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٤/ ١٧٦وحاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٨/ ١٠٨وشرح مختصر خليل للخرشي ١٨/ ١٤٢وأسنىٰ المطالب ١٠/ ٧٥والمغني ١٤/ ٤٧

٣) العناية شرح الهداية ١٠/ ٣٢٣ومجمع الأنهر ٦/ ١٠٥وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٤/ ١٧٤وحاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٨/ ١٠٤وكشاف القناع ٢٢/ ٢٠٢



أمّا إذا أقرّ المقرّ بشيءٍ ثمّ ادّعى أنّه كاذب في إقراره:

أقر ثم ادعىٰ أنه كاذب في إقراره فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ لا يلتفت إلىٰ قوله لكن يفتىٰ علىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أن المقر له يحلف أن المقر لم يكن كاذبا وكذا لو ادعىٰ وارث المقر فعند البعض لا يلتفت إلىٰ قوله لأن حق الورثة لم يكن ثابتا في زمن الإقرار والأصح التحليف؛ لأن الورثة ادعوا أمرا لو أقر المقر له يلزمه فإذا أنكر يستحلف.[1]

وفي الزيلعي: يحلف وعليه الفتوىٰ لتغير أحوال الناس وكثرة الجدال والخيانات وهو يتضرر والمدعي لا يضره اليمين إن كان صادقا فيصار إليه.[2]

وقيل: لا يحلف، وفي جامع الفصولين: أقرّ فمات فقال ورثته: إنّه أقرّ كاذبـاً فلم يجز إقراره، والمقرّ له عالم به ليس لهم تحليفه، إذ وقت الإقرار لم يتعلّق حقّهم بمال المقرّ فصحّ الإقرار، وحيث تعلّق حقّهم صار حقّـاً للمقرّ له.[3]

الرّكن الثّالث: المقرّ به.

المقرّ به في الأصل نوعان: حقّ اللّه تعالىٰ، وحقّ العبد.

وحقّ اللّه تعالىٰ نوعان: حقّ خالص للّه، وحقّ للّه فيه حقّ وللعبد أيضـاً.

ولصحّة الإقرار بحقّ اللّه شروط هي: تعدّد الإقرار، ومجلس القضاء والعبارة.

إقرار الأخرس:

إنّ الأخرس إذا كتب الإقرار فيما هو حقّ اللّه بيده، أو بما يعرف أنّه إقرار بهذه الأشياء يجوز، بخلاف الّذي اعتقل لسانه لما يلي:

---

١) تنقيح الفتاوىٰ الحامدية ٥/ ٧٣

٢) تنقيح الفتاوىٰ الحامدية ٥/ ٧٣

٣) رد المحتار ٦/ ١٦١ وتكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢٦٦

١-لأنّ للأخرس إشارةً معهودةً فإذا أتىٰ بها يحصل العلم بالمشار إليه، وليس ذلك لمن اعتقل لسانه.

٢- لأنّ إقامة الإشارة مقام العبارة أمر ضروريّ، والخرس ضرورة لأنّه أصليّ.(١)

ولا يشترط لصحّة الإقرار بحقّ اللّه تعالىٰ الصّحو إذ يصحّ إقرار السّكران، لأنه يصدق في حق المقر له أنه غير صاح أو لأنه ينزل عقله قائما في حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحي مع زواله حقيقة عقوبة عليه، وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالىٰ.(٢)

وأمّا حقّ العبد فهو المال، من العين والدّين والنّسب والقصاص والطّلاق والعتاق ونحوها، ولا يشترط لصحّة الإقرار بها ما يشترط لصحّة الإقرار بحقوق اللّه تعالىٰ، فهي تثبت مع الشّبهات، بخلاف حقوق اللّه تعالىٰ.(٣)

ويقول الزّيلعيّ: لم يصدّق في أقلّ من درهمٍ، لأنّ ما دونه لا يطلق عليه اسم المال عادةً وهو المعتبر.(٤)

ولو كان المقرّ به معلوم الأصل ومجهول الوصف، نحو أن يقول: إنّه غصب من فلانٍ ثوبـاً من العروض:

قال الحنفية: يصدق في البيان من جنس ذلك، سليما كان أو معيبا؛ لأن الغصب يرد علىٰ السليم والمعيب عادة، وقد بين الأصل، وأجمل الوصف فيرجع في بيان الوصف إليه فيصح متصلا ومنفصلا، ومتىٰ صح بيانه يلزمه الرد إن قدر عليه وإن عجز عنه تلزمه القيمة؛ لأن المغصوب مضمون علىٰ هذا الوجه والقول قوله في

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٤٠

٢) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٤٠

٣) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٤٠والمبسوط ٥/ ٥والعناية شرح الهداية ١٠/ ٣٨١والمجموع شرح المهذب ٢٠/ ٣٠١

٤) تبيين الحقائق ١٣/ ٣٢٩والإختيار لتعليل المختار ١/ ٢٢



مقدار قيمته مع يمينه لأنه منكر للزيادة، والقول قول المنكر مع اليمين.[١]

قال ابن قدامة: تقبل الشهادة علىٰ الاقرار بالمجهول لان الاقرار به صحيح وما كان صحيحا في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم.[٢]

شروط المقر به:

قال الفقهاء: يشترط في المقر به ما يلي

١-أن يكون مما تجوز المطالبة به وأن لا يكون ملكا للمقر حين يقر؛ لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك وإنما هو إخبار عن كونه ملكا للمقر له، فلو قال داري أو ثوبي، أو داري التي اشتريتها لنفسي لزيد ولم يرد الإقرار، أو ديني الذي علىٰ زيد لعمرو فهو لغو، لأن الإضافة إليه تقتضي الملك له فتنافي إقراره به لغيره فحمل علىٰ الوعد بالهبة.[٣]

٢- اشترطوا لإعمال الإقرار -أي التّسليم لا لصحّته، أن تكون العين المقرّ بها في يد المقرّ حسّـاً أو حكماً، كالمعار أو المؤجّر تحت يد الغير، لأنّه عند انتفاء يده عنه يكون مدّعيـاً أو شاهداً، ومتىٰ حصل بيده لزمه تسليمه، لأنّ هذا الشّرط ليس شرط صحّةٍ.[٤] فلو أقرّ ولم يكن في يده ثمّ صار في يده عمل بمقتضىٰ إقراره، واستثنوا من اشتراط أن يكون في يده ما لو باع بشرط الخيار له أو لهما، ثمّ ادّعاه رجل، فأقرّ البائع في مدّة الخيار له به فإنّه يصحّ.[٥]

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ٢١٢

٢) الشرح الكبير ٥/ ٣٣٩والمغني ١٠/ ٤٤٥

٣) تحفة المحتاج ٢٢/ ٣٤٧وأسنىٰ المطالب ١٠/ ٤٤٣ونهاية المحتاج ١٦/ ١٣ وفتح المعين ٣/ ٢٢٦

٤) تحفة المحتاج ٢٢/ ٣٥٧وحاشية الجمل ١٣/ ٣٨٦وحاشية البيجرمي علىٰ المنهج ٩/ ٢٨٠

٥) إعانة الطالبين ٣/ ٢٢١والإقناع في حل الفاظ أبي شجاع ٢/ ٧٨

٣- أن يكون المقرّ به بيد المقرّ وولايته واختصاصه، فلا يصحّ إقراره بشيءٍ في يد غيره، أو في ولاية غيره، كما لو أقرّ أجنبيّ علىٰ صغيرٍ، أو وقفٍ في ولاية غيره أو اختصاصه، لكنّهم قالوا بصحّة إقراره بمالٍ في ولايته واختصاصه، كأن يقرّ وليّ اليتيم ونحوه أو ناظر الوقف، لأنّه يملك إنشاء ذلك.[١]

٤- أن يتصوّر التزام المقرّ بما أقرّ به، أي أن يمكن صدقه، فلو أقرّ بارتكابه جنايةً منذ عشرين سنةً وعمره لا يتجاوز العشرين، فإنّ إقراره لا يصحّ.[٢]

الرّكن الرّابع: الصّيغة

هي ما يظهر الإرادة من لفظٍ، أو ما يقوم مقامه من كتابةٍ أو إشارةٍ، وإظهار الإرادة لا بدّ منه، فلا عبرة بالإرادة الباطنة.

يقول السّرخسيّ: إنّ ما يكون بالقلب فهو نيّة، والنّيّة وحدها لا تكفي.[٣]

الصّيغة من حيث الإطلاق والتّقييد:

الصّيغة قد تكون مطلقةً، وقد تكون مقترنةً.

والقرينة في الأصل نوعان:

أ - قرينة مبيّنة على الإطلاق:

وهي المعيّنة لبعض ما يحتمله اللّفظ، فإن كان اللّفظ يحتمل المعنيين علىٰ السّواء صحّ بيانه متّصلاً كان البيان أو منفصلاً، وإن كان لأحد الاحتمالين رجحان تسبق إليه الأفهام من غير قرينةٍ لا يصحّ إن كان البيان منفصلاً، ويصحّ بالنّسبة للمتّصل إذا لم يتضمّن الرّجوع.

---

١) مطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ٢١٨وكشاف القناع ٢٣/ ٢٠٢وشرح منتهىٰ الارادات ١٢/ ٤٥٥ والفروع ١٣/ ١١

٢) مطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ٢١٨ وكشاف القناع ٢٣/ ٢٠١وشرح منتهىٰ الارادات ١٢/ ٤٥٤

٣) المبسوط ١٣/ ٤٦



وبصفةٍ عامّةٍ إذا كانت القرينة منفصلةً عن الإقرار بأن قال: لفلانٍ عليّ عشرة دراهم وسكت، ثمّ قال: إلاّ درهماً، لا يصحّ الاستثناء عند كافّة العلماء وعامّة الصّحابة، إلاّ ما روي عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنّه يصحّ، لأنّ الاستثناء بيان فيصحّ متّصلاً ومنفصلاً.[١]

ب- قرينة مغيرة من حيث الظاهر مبنية حقيقة:

وهذه يتغير بها الاسم لكن يتبين بها المراد، فكان تغييراً صورة، تبييناً معنىٰ، ومنه ما يلي:

أ- الإقرار المعلق على المشيئة:

القرينة المغيرة قد تدخل علىٰ أصل الإقرار، وتكون متصلة به، كتعليق الإقرار علىٰ مشيئة الله أو مشيئة فلان. وهذا يمنع صحة الإقرار عند الحنفية، لأن التعليق علىٰ المشيئة يجعل الأمر محتملاً. والإقرار إخبار عن كائن، والكائن لا يحتمل التعليق.

جاء في الفتاوىٰ الهندية: إذا أقر الرجل فقال لفلان علي ألف إن شاء الله تعالىٰ قال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ تعالىٰ: الإقرار باطل.[٢]

ب -الإقرار المعلق على شرطٍ:

ذهب الحنفيّة والمالكيّة والشّافعيّة والحنابلة: إلىٰ أنّه لو أقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الإقرار لأن الإقرار إخبار عن ثابت في الذمة، وشرط الخيار في معنىٰ الرجوع، والإقرار في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع ولأنّ الإقرار إخبار فلا يقبل

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٠٢

٢) الفتاوىٰ الهندية ٣٠/ ٣٨٦

الخيار، ولأنّ ما يذكره المقرّ بعد الإقرار يعتبر رفعـًا له فلا يقبل كالاستثناء.[١]

ج - تغيير وصف المقَرّ به:

إن كان التّغيير متّصلاً باللّفظ كأن يقول: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ وديعة. كان إقراراً بالوديعة، أمّا إن كان منفصلاً، بأن سكت ثمّ قال: هي وديعة فلا يصحّ، ويكون إقراراً بالدّين، لأنّ البيان هنا لا يصحّ إلاّ بشرط الوصل.[٢]

د - الاستثناء في الإقرار:

إن كان الاستثناء من جنس المستثنىٰ منه ومتّصلاً به، فإن كان استثناء الأقلّ فلا خلاف في جوازه، كأن يقول: عليّ لفلانٍ عشرة دراهم إلاّ ثلاثةً فيلزمه سبعة.

أمّا إن كان استثناء الأكثر بأن قال: عليّ لفلانٍ عشرة دراهم إلاّ تسعةً فجائز في ظاهر الرّواية عند الحنفيّة، ويلزمه درهم وهو الصّحيح، وإن كان غير مستحسنٍ عند أهل اللّغة، وروي عن أبي يوسف أنّه لا يصحّ وعليه العشرة.[٣]

هـ - الاستثناء من خلاف الجنس:

قال الحنفية: لا يصح الاستثناء من خلاف الجنس -ما لا يثبت دينـًا في الذّمّة- وعليه جميع ما أقرّ به، فإن قال: له عليّ عشرة دراهم إلاّ ثوبـًا بطل الاستثناء.

وإن كان ممّا يثبت دينـًا في الذّمّة بأن قال: لفلانٍ عليّ مائة دينارٍ إلاّ عشرة دراهم أو إلاّ قفيز حنطةٍ، صحّ عند الشّيخين، ويطرح ممّا أقرّ به قدر قيمة المستثنىٰ، لأنّه إن

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ١٩١والشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٠١وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٤/ ١٨٠وحاشية قليوبي وعميرة ٨/ ٣٩٤ ونهاية المحتاج ١٦/ ٥٢

٢) بدائع الصنائع ١٦/ ١٩١

٣) البحر الرائق ٥/ ٥٠٧ واللباب في شرح الكتاب ١/ ٣٩٤ وتحفة الفقهاء ٣/ ١٩٨ولسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة ١/ ١٠٠

لم يمكن تحقيق معنىٰ المجانسة في الاسم أمكن تحقيقها في الوجوب في الذّمّة، فالدّراهم والحنطة من حيث احتمال الوجوب في الذّمّة من جنس الدّنانير.(١)

وقال محمّد بن الحسن وزفر: إنّ الاستثناء استخراج بعض ما لولاه لدخل تحت نصّ المستثنىٰ منه، وذلك لا يتحقّق إلاّ إذا اتّحد الجنس.(٢)

و- تعقيب الإقرار بما يرفعه:

قال المالكيّة: لو عقّب الإقرار بما يرفعه بأن قال: لك عليّ ألف من ثمن خمرٍ أو خنزيرٍ لم يلزمه شيء، إلاّ أن يقول الطّالب «المقرّ له»: هي ثمن برٍّ أو ما يشبهه فيلزمه مع يمين الطّالب.(٣)

ز- تقييد الإقرار بالأجل:

إذا أقرّ شخص بدينٍ عليه لآخر وقال: إنّه مؤجّل، وادّعىٰ المقرّ له حلوله ولزومه، أي صدقه في الدّين وكذبه في التّأجيل:

يرىٰ الحنفية والمالكية في قول: أن الدّين يلزمه حالاً، لأنّه أقرّ علىٰ نفسه بمالٍ، وادّعىٰ حقّاً لنفسه أنكره المقرّ له، فالقول للمنكر بيمينه.(٤)

ذهب المالكية في قولهم الآخر والشّافعيّة والحنابلة: إلىٰ أنّ المقرّ يحلف، ويقبل قوله في التّنجيم والتّأجيل وبه كان يقضي متقدّمو قضاة مصر.(٥)

ح- الاستدراك في الإقرار:

قال الحنفيّة: إن كان الاستدراك في القدر، فهو علىٰ ضربين: إمّا أن يكون في

---

١) بدائع الصنائع ١٦/ ١٩٦ والمبسوط ١٨/ ٩٧ وتبيين الحقائق ١٣/ ٣٨٢ والعناية شرح الهداية ١١/ ٤٩٦

٢) بدائع الصنائع ١٦/ ١٩٧

٣) التاج والإكليل لمختصر خليل ٨/ ٤٤٤

٤) العناية شرح الهداية ١١/ ٤٧٧ وفتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٩٨ والتاج والإكليل ٨/ ٤٥٣

٥) التاج والإكليل ٨/ ٤٥٣ وشرح البهجة الوردية ٢٠/ ٣٣

الجنس كأن يقول: لفلانٍ عليّ ألف درهمٍ لا بل ألفان، فعليه ألفان وهو قول الجمهور.[١]

١) بدائع الصنائع ١٦/ ٢٠٤

المبحث الخامس

اشتراط القبول في صحّة الإقرار

الإقرار ليس بعقدٍ حتّىٰ تتكوّن صيغته من إيجابٍ وقبولٍ. وإنّما هو تصرّف قوليّ والتزام من جانب المقرّ وحده، فليس القبول شرطـًا لصحّة الإقرار، لكنّه يرتدّ بالرّدّ، والملك يثبت للمقرّ له بلا تصديقٍ وقبولٍ، ولكن يبطل بردّه، فالإقرار للحاضر يلزم من جانب المقرّ حتّىٰ لا يصحّ إقراره لغيره به قبل ردّه، ولا يلزم من جانب المقرّ له فيصحّ ردّه.(١)

أمّا الإقرار للغائب فإنّه وإن كان صحيحـًا إلاّ أنّه لا يلزم، وإنّما يتوقّف لزومه علىٰ عدم الرّدّ، ولعدم لزومه للمقرّ صحّ إقراره لغيره، كما لا يلزم المقرّ له فيصحّ له ردّه.(٢)

وقد أشار قانون البينات إلىٰ ذلك من خلال المادة (٤٩) والتي جاء فيها:

١-لا يتوقف الاقرار علىٰ قبول المقر له ولكن يرتد برده.

٢-وإذا رد المقر له مقداراً من المقر به فلا يبقىٰ حكم للإقرار في المقدار المردود ويصح الاقرار في المقدار الباقي.

جاء في القرار الاستئنافي الشرعي رقم (١٣٧٥٦) [الإقرار الذي يرتد بالرد ولا يبقىٰ له حكم أي لا يجوز الرجوع عنه هو الإقرار الذي يتعلق بالحق الشخصي أما الإقرار الذي يتعلق بحق الله تعالىٰ كالدخول مما تتوقف عليه حرمة الزوجة وحلها فانه لا يجوز الرجوع عن الإقرار به].

---

١) تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٤٣٧وفتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٤

٢) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢١٩

المبحث السادس
الإقرار الصوري

لمّا كان الإقرار إخباراً يحتمل الصّدق والكذب جاز تخلّف مدلوله الوضعيّ، بمعنىٰ أنّه قد يكون في الحقيقة كاذبـًا يترتّب عليه أثره لزومـًا.

فإذا ادّعى أنّ مورثه أقرّ تلجئةً:

قال الحنفية: له تحليف المقرّ له، ولو ادّعىٰ أنّه أقرّ كاذبـًا لا يقبل. ووجه الفرق: أنّ في التّلجئة يدّعي الوارث علىٰ المقرّ له فعلاً له، وهو تواطؤه مع المقرّ في السّرّ، فلذا يحلف بخلاف دعوىٰ الإقرار كاذبـًا كما لا يخفىٰ.[1]

---

١) رد المحتار ٦/ ١٦١ وتكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٢٦٦



المبحث السابع
التوكيل في الإقرار

ذهب الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة وفي قولٍ عند الشّافعيّة: أنّ التّوكيل يجوز في كلّ ما يقبل النّيابة، ومن ذلك الإقرار إذ الإخبار من الموكّل حقيقةً، ومن الوكيل حكماً، لأنّ فعل الوكيل كفعل الموكّل، فكأنّ الإقرار صدر ممّن عليه الحقّ.[١]

قال الكاساني: التوكيل بالإقرار: فذكر في الأصل، أنه يجوز. وذكر الطحاوي أنه لا يجوز.[٢]

كما صرّح المالكيّة بأنّ إقرار الوكيل يلزم الموكّل إن كان مفوّضاً أو جعل له الإقرار.[٣]

وصرّح الشّافعيّة بأنّ إقرار الوكيل بالتّصرّف إذا أنكره الموكّل لا ينفذ، والأصحّ عند الشّافعيّة: أنّ التّوكيل في الإقرار لا يجوز. لأنه خبر فأشبه الشهادة.[٤]

إقرار الوكيل بالخصومة:

قال أبو حنيفة ومحمّد بن الحسن: يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص.[٥]

وقال أبو يوسف: يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره، لأنّ الإقرار أحد جوابي الدّعوىٰ، فصحّ من الوكيل بالخصومة كما يصحّ منه الإنكار، لكنّ الحنفيّة يتّفقون علىٰ أنّ الموكّل إذا نصّ في عقد الوكالة علىٰ أنّ الوكيل ليس له الإقرار، لم يكن له

---

١) الدر المختار ٥/ ٨١ والمبسوط ١٩/ ٧ وفتح القدير شرح الهداية ١٨/ ٢٢٢
٢) بدائع الصنائع ١٢/ ٤٤٢
٣) حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٨/ ١٠٧
٤) روضة الطالبين ٢/ ٩١
٥) الدر المختار ٥/ ٨١

حقّ الإقرار في ظاهر الرّواية، فلو أقرّ عند القاضي لا يصحّ، وخرج به عن الوكالة، كما نصّوا علىٰ أنّ التّوكيل بالإقرار يصحّ، ونقل ابن عابدين معناه أن يوكّل بالخصومة ويقول: خاصم، فإذا رأيت لحوق مئونةٍ أو خوف عارٍ عليّ فأقرّ بالمدّعىٰ يصحّ إقراره علىٰ الموكّل.[1]

١) الدر المختار ٥/ ٨١ والمجموع ١٤/ ١١٥ والمغني ١٠/ ٢٧٤ والشرح الكبير ٥/ ٢٤٣

المبحث الثامن
الشبهة في الإقرار

لو احتمل الإقرار اللّبس أو التّأويل أو شابه شيء من الغموض والخفاء اعتبر ذلك شبهةً، والشّيء المقرّ به إمّا أن يكون حقّـًا للّه تعالىٰ أو حقّـًا للعباد. وحقوق العباد تثبت مع الشّبهات، بخلاف حقوق اللّه تعالىٰ، فإنّ منها ما يسقط بالشّبهة، كالزّنىٰ والسّرقة وشرب الخمر، ومنها ما لا يسقط بالشّبهة، كالزّكاة والكفّارة. وعليه يرىٰ جمهور الفقهاء: عدم الاعتداد بإقرار الأخرس بالإشارة غير المفهمة، لما فيها من الشّبهة.[١]

قال أصحاب أبي حنيفة: لا يحدّ، لأنّ الإشارة تحتمل ما فهم منها وغيره، فيكون ذلك شبهةً في درء الحدّ.[٢]

يقول ابن قدامة: وأمّا الأخرس فإن لم تفهم إشارته فلا يتصوّر منه إقرار.[٣]

وإن فهمت إشارته، فقال القاضي: عليه الحدّ، وهو قول الشّافعيّ وابن القاسم من المالكيّة وأبي ثورٍ وابن المنذر.

لأنّ من صحّ إقراره بغير الزّنىٰ صحّ إقراره به كالنّاطق.[٤]

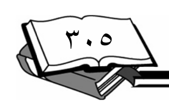
---

١) رد المحتار ٤/ ١٧١ ودرر الحكام شرح مجلة الاحكام ١٨/ ٣٧٠

٢) رد المحتار ٤/ ١٧١

٣) المغني ٢٠/ ٩٠ والشرح الكبير ١٠/ ١٩٣

٤) روضة الطالبين ٣/ ٤٥٤ والمغني ٢٣/ ٣٧٣



المبحث التاسع

الرجوع عن الإقرار

الرّجوع قد يكون صريحاً كأن يقول: رجعت عن إقراري، أو كذبت فيه، أو دلالةً كأن يهرب عند إقامة الحدّ، إذ الهرب دليل الرّجوع، فإن كان بحقٍّ من حقوق اللّه الّتي تسقط بالشّبهة كالزّنىٰ:

يرىٰ جمهور الفقهاء: الحنفيّة والمشهور عند المالكيّة ومذهب كلٍّ من الشّافعيّة والحنابلة علىٰ أنّ الرّجوع يعتبر، ويسقط الحدّ عنه، لأنّه يحتمل أن يكون صادقاً في الرّجوع وهو الإنكار، ويحتمل أن يكون كاذباً فيه، فإن كان صادقاً في الإنكار يكون كاذباً في الإقرار، وإن كان كاذباً في الإنكار يكون صادقاً في الإقرار، فيورث شبهةً في ظهور الحدّ، والحدود لا تستوفىٰ مع الشّبهات، وقد روي أنّ «ماعزاً لمّا أقرّ بين يدي رسول اللّه صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالزّنىٰ لقّنه الرّجوع» فلو لم يكن محتملاً للسّقوط بالرّجوع ما كان للتّلقين معنًىٰ، سواء أرجع قبل القضاء أم بعده، قبل الإمضاء أم بعده.[1]

ويستوي أن يكون الرّجوع بالقول أو بالفعل بأن يهرب عند إقامة الحدّ عليه، وإنكار الإقرار رجوع، فلو أقرّ عند القاضي بالزّنىٰ أربع مرّاتٍ، فأمر القاضي برجمه فقال: ما أقررت بشيءٍ يدرأ عنه الحدّ. ولأنّ من شرط إقامه الحدّ بالإقرار البقاء عليه إلىٰ تمام الحدّ، فإن رجع عن إقراره أو هرب كفّ عنه، وبهذا قال عطاء ويحيىٰ بن يعمر والزّهريّ وحمّاد ومالك والثّوريّ والشّافعيّ وإسحاق وأبو حنيفة وأبو يوسف.[2]

---

١) بدائع الصنائع ١٥/ ١٣٥

٢) بدائع الصنائع ١٥/ ١٣٥وكشاف القناع ٢٠/ ٤٣٩ والشرح الكبير ١٠/ ١٩٤ والمغني ٢٠/ ٩٥ والعدة شرح العمدة ٢/ ١٧٧

وقال الحسن وسعيد بن جبيرٍ وابن أبي ليلىٰ: يقام عليه الحدّ ولا يترك، لأنّ ماعزاً هرب فقتلوه ولم يتركوه، ولو قبل رجوعه للزمتهم الدّية، ولأنّه حقّ وجب بإقراره، فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق.(١)

وحكي عن الأوزاعيّ أنّه إن رجع حدّ للفرية علىٰ نفسه، وإن رجع عن السّرقة والشّرب ضرب دون الحدّ.(٢)

وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية من خلال المادة (١٥٨٨) إلىٰ ذلك حيث جاء فيها [لا يصح الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد] فإذا أقر أحد لآخر بقوله لفلان علي كذا ديناً ثم رجع عن إقراره فلا يعتبر رجوعه ويلزم بإقراره.

وكذلك من خلال المادة (١٥٨٩) من المجلة والتي جاء فيها [إذا ادّعىٰ أحد كونه كاذباً في إقراره الذي وقع فيحلف المقر له علىٰ عدم كون المقر كاذباً]. مثلاً إذا أعطىٰ أحد سنداً لآخر محرراً فيه أنه قد استقرضت كذا دراهم من فلان ثم قال وإن كنت أعطيت هذا السند لكنني ما أخذت المبلغ المذكور منه فيحلف المقر له بعدم كون المقر كاذباً في إقراره هذا.

---

١) المغني ٢٠/ ٩٥

٢) الشرح الكبير ١٠/ ١٣٩ والمغني ٢٠/ ٩٥

المبحث العاشر
هل يصلح الإقرار سبباً للملك؟

قال الحنفيّة: إذا كان المقر له يعلم أن المقر كاذب في إقراره لا يحل له أخذه عن كره منه، أما لو اشتبه الامر عليه حل له الاخذ عند محمد، خلافا لابي يوسف، وحينئذ لا يطيب له ربحه، ويحمل الكلام ها هنا علىٰ ما إذا ظن أن عليه دينا بالإرث من أبيه ثم تبين أن وكيله أوفاه لأبيه فتصادقا علىٰ أن لا دين فحينئذ يطيب له.(١)

جاء في فتح القدير شرح الهداية: والمقرّ له إذا صدّقه ثمّ ردّه لا يصحّ ردّه.(٢)

وحكمه لزوم ما أقرّ به علىٰ المقرّ، وعمله إظهار المخبر به لغيره لا التّمليك به ابتداءً، ويدلّ عليه مسائل:

أ - أنّ الرّجل إذا أقرّ بعينٍ لا يملكها يصحّ إقراره، حتّىٰ لو ملكها المقرّ يومـاً من الدّهر يؤمر بتسليمها إلىٰ المقرّ له، ولو كان الإقرار تمليكـاً مبتدأً لما صحّ ذلك، لأنّه لا يصحّ تمليك ما ليس بمملوكٍ له.(٣)

ب - الإقرار بالخمر للمسلم يصحّ حتّىٰ يؤمر بالتّسليم إليه، ولو كان تمليكـاً مبتدأً لم يصحّ.(٤) لكن ذهب المالكيّة والحنابلة إلىٰ عدم صحّة الإقرار بالخمر، وفرّق الشّافعيّة بين الخمر إذا كان محترمـاً أو غير محترمٍ، وصحّحوا الإقرار بالخمر المحترم.

ج - المريض مرض الموت الّذي لا دين عليه إذا أقرّ بجميع ماله لأجنبيٍّ صحّ إقراره، ولا يتوقّف علىٰ إجازة الورثة، ولو كان تمليكـاً مبتدأً لم ينفذ إلاّ بقدر

---

١) رد المحتار ٥/ ٢١٩

٢) فتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٤

٣) فتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٤

٤) فتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٤

الثّلث عند عدم إجازتهم[١] وبقولهم مال جمهور العلماء[٢] وعند الحنابلة قولان آخران، قيل: لا يصحّ مطلقـاً، وقيل: لا يصحّ إلاّ في الثّلث.[٣]

جاء في القرار الاستئنافي الشرعي رقم (١٤٠٦٨) [القول بان الإقرار لا يكون سببا للملك معناه انه لا يحق للمدعي ان يجعل الإقرار سببا لدعواه، أما إذا أدعىٰ المدعىٰ عليه أن المدعي قبض المبلغ المدعىٰ به وقامت البينة علىٰ اقراره بقبض المبلغ فان هذا سائغ شرعا ولا يشمله القول المذكور].

١) فتح القدير شرح الهداية ١٩/ ٢٤٤

٢) التاج والإكليل ٨/ ٤١٩ ومواهب الجليل مغني المحتاج ٨/ ٤١٦ والشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٧٤

٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٥/ ٢٧٤



المبحث الحادي عشر

الإقـرار بالنسـب

قال مالك، وأحمد والثّوريّ، والحسن بن صالحٍ، وشريك، ويحيىٰ بن آدم وإسحاق وأبو عبيدٍ وأبو ثورٍ وابن أبي ليلىٰ: إذا أقرّ أحد الورثة بوارثٍ ثالثٍ مشاركٍ لهما في الميراث لم يثبت النّسب بالإجماع، لأنّ النّسب لا يتبعّض فلا يمكن إثباته في حقّ المقرّ دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقّهما، لأنّ أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النّسب. ولكنّه يشارك المقرّ في الميراث في قول أكثر أهل العلم، لأنّه أقرّ بسبب مالٍ لم يحكم ببطلانه فلزمه المال، كما لو أقرّ ببيعٍ أو بدينٍ فأنكر الآخر. ويجب له فضل ما في يد المقرّ من ميراثه، وتقسم حصّة المقرّ أثلاثـًا فلا يستحقّ المقرّ له ممّا في يد المقرّ إلاّ الثّلث (وهو سدس جميع المال) كما لو ثبت نسبه ببيّنةٍ، لأنّه إقرار بحقٍّ يتعلّق بحصّته وحصّة أخيه، فلا يلزمه أكثر ممّا يخصّه، كالإقرار بالوصيّة، وإقرار أحد الشّريكين علىٰ مال الشّركة.[1]

قال أبو حنيفة: إذا كان اثنان فأقرّ أحدهما بأخٍ لزمه دفع نصف ما في يده، وإن أقرّ بأختٍ لزمه ثلث ما في يده، لأنّه أخذ ما لا يستحقّ من التّركة، فصار كالغاصب، فيكون الباقي بينهما، ولأنّ الميراث يتعلّق ببعض التّركة كما يتعلّق بجميعها، فإذا ملك بعضها أو غصب تعلّق الحقّ بباقيها، والّذي في يد المنكر كالمغصوب فيقتسمان الباقي بالسّويّة، كما لو غصبه أجنبيّ.[2]

الرّجوع عن الإقرار بالنّسب:

ينصّ الحنفيّة علىٰ أنّه يصحّ رجوع المقرّ عمّا أقرّ فيما سوىٰ الإقرار بالبنوّة والأبوّة والزّوجيّة وولاء العتاقة، فإنّ من أقرّ في مرضه بأخٍ وصدّقه المقرّ له ثمّ رجع

١) المدونة ٨/ ٢٥٤ وتهذيب المدونة ٢/ ٤٠ والمغني ١٠/ ٤٥٤

٢) المبسوط ٢٨/ ١٩١

عمّا أقرّ به يصحّ إن صدّقه المقرّ عليه، لأنّه وصيّة من وجهٍ.(١)

إقرار الزّوجة بالبنوّة:

ذهب الحنفيّة: إلىٰ أنه لا يقبل إقرار الزّوجة بالولد وإن صدّقها، لأنّ فيه تحميل النّسب علىٰ الغير، لأنّه ينسب إلىٰ الأب، إلاّ أن يصدّقها الزّوج أو تقدّم البيّنة، ويصحّ إقرار المرأة بالولد مطلقـًا إن لم تكن زوجةً ولا معتدّةً، أو كانت زوجةً وادّعت أنّه من غير الزّوج، ولا يثبت نسبه منه ويتوارثان إن لم يكن لها وارث معروف، لأنّ ولد الزّنىٰ يرث بجهة الأمّ فقط.(٢) وعن ابن رشدٍ عن المدوّنة: وإن نظرت امرأة إلىٰ رجلٍ فقالت: ابني، ومثله يولد لها وصدّقها لم يثبت نسبه منها، إذ ليس هنا أب يلحق به، وإن جاءت امرأة بغلامٍ مفصولٍ فادّعت أنّه ولدها لم يلحق بها في ميراثٍ، ولا يحدّ من افترىٰ عليها به.(٣)

التّصديق بالنّسب بعد الموت:

ذهب الحنفية: إلىٰ صحة التّصديق في النّسب بعد موت المقرّ، لأنّ النّسب يبقىٰ بعد الموت، وكذا تصديق الزّوجة لأنّ حكم النّكاح باقٍ، وكذا تصديق الزّوج بعد موتها لأنّ الإرث من أحكامه، وعند أبي حنيفة لا يصحّ لانقطاع النّكاح بالموت.(٤)

---

١) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٣١٢ والعناية شرح الهداية ١٢/ ٤٥ ونصب الراية ١٠/ ٢٥١

٢) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٥١ وتبيين الحقائق ١٣/ ١٤١والعناية شرح الهداية ١٢/ ٤٢ وفتح القدير شرح الهداية ١٨/ ٤٠٢

٣) التاج والإكليل لمختصر خليل ٨/ ٤٨٦ ومواهب الجليل ١٥/ ١٩٢

٤) العناية شرح الهداية ١٢/ ٤٢ ونصب الراية ١٠/ ٢٥٠

المبحث الثاني عشر
أنـواع الإقـرار

الإقرار نوعان:

١-إقرار قضائي وهو الذي يحصل أثناء نظر دعوىٰ أمام القضاء متعلقا بإحدىٰ وقائعها.

٢- إقرار غير قضائي وهو الذي يصدر في غير مجلس القضاء.

أولا: الإقرار القضائي

هو (الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا).

من خلال هذا التعريف يتضح أن وصف الإقرار بأنه قضائي يفترض فيه أن يصدر أمام القضاء، والمقصود في هذا الصدد أن الإقرار يجب أن يقع بطريقة يصبح بها جزءا من الدعوىٰ المنظورة، وذلك بأن يكون داخلا في إجراءات الدعوىٰ، ويتحقق ذلك غالبا إذا صدر الإقرار للقاضي إما شفويا في الجلسة أو أثناء تحقيق أو استجواب، أو كتابة في مذكرات مقدمة إليه أو طلبات معلنة للخصم، كما يتحقق أيضا أمام الخبير المنتدب في الدعوىٰ المنظورة.

وكما يقع الإقرار من الخصم نفسه يجوز أن يقع من نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا، كما أن الإقرار يعتبر قضائيا حتىٰ لو حصل أمام قاض غير مختص، ولا يشترط لاعتبار الإقرار قضائيا أن يصدر في القضية المتعلقة بالحق المقر به ذاتها بل هو يعتبر كذلك حتىٰ لو صدر في دعوىٰ أخرىٰ.

ثانيا: الإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي

هو الإقرار الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي، ويمكن أن ينتج من كل فعل



يحصل منه وهو مناف لما يدعيه. ويشترك الإقرار غير القضائي في طبيعته من حيث أنه عمل قانوني إخباري من جانب واحد وأنه يعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف وأنه حجة قاصرة، ويختلف عنه في أنه لا يصدر في مجلس القضاء في القضية المتعلقة بالمقر به ذاته، غير أنه لما كان الفرق بين نوعي الإقرار لا يمس طبيعتهما في شيء وإنما يتعلق بظروف صدور الإقرار في مجلس القضاء ليس من شأنه سوىٰ توفير الثقة في جدية الإقرار، كان من الصعب التسليم باختلاف آثار الإقرار غير القضائي -متىٰ ثبتت جديته- عن آثار الإقرار القضائي، وتعينت المساواة بينهما في أحكامهما.

وقد أشار قانون الإثبات إلىٰ أنواع الإقرار من خلال:

المادة (٤٥)

والتي جاء فيها [الاقرار القضائي هو اعتراف الخصم او من ينوب عنه إذا كان مأذوناً له بالإقرار بواقعة ادعىٰ بها عليه وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوىٰ المتعلقة بهذه الواقعة].

والمادة (٤٦)

والتي جاء فيها [الاقرار غير القضائي هو الذي يقع في غير مجلس الحكم او يقع في مجلس الحكم في غير الدعوىٰ التي اقيمت بالواقعة المقر بها].

جاء في القرار الاستئنافي الشرعي رقم (١٠٩١٥) الإقرار أمام المحاكم النظامية يكون معتبرا. فاذا كان الحكم الجزائي يعتمد علىٰ بينات لا تعتبر شرعا وقد صرح فيه بذلك فلا يقبل، أما الإقرار الذي يصدر أمام محكمة نظامية سواء كانت حقوقية او جزائية فان تلك المحاكم جزء من محاكم الدولة التي خولت من قبل ولي الأمر بممارسة صلاحياتها وفقا للقوانين الخاصة بها وكل إقرار يصدر امامها يكون معتبرا شرعا كما لو صدر امام محكمة شرعية.

المبحث الثالث عشر

بم يكون الإقرار؟

يكون الإقرار بإحدىٰ الوسائل التالية:

١-الإقرار باللسان:

يكون الإقرار باللسان (أي بالكلام) إحدىٰ وسائل وطرق الإقرار كأن يقول المقر (لفلان عليَّ الف دينار).

٢-الإقرار بالكتابة:

جاء في المادة (١٦٠٦) من مجلة الأحكام العدلية [الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان].

وجاء في المادة (١٦٠٧) من المجلة [أمر أحد آخر بان يكتب إقراره هو إقرار حكما بناءً عليه لو أمر أحد كاتبا بقوله اكتب لي سندا يحتوي، أني مديون لفلان بكذا دراهم ووضع فيه إمضاءه أو ختمه يكون من قبيل الإقرار بالكتابة كالسند الذي كتبه بخط يده].

لكن هذا الإقرار إذا كان مكتوبا علىٰ ورقة الدعوىٰ أو استدعاء البريد لا يجوز الاعتماد عليه إلا إذا أثير ذلك أمام المحكمة وثبت أن الإقرار صادر منه.[1]

وكذلك جاء في المادة (١٦٠٩) من المجلة [إذا كتب أحد سنداً أو استكتبه وأعطاه ممضياً أو مختوماً فيكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي لأنه إقرار بالكتابة إن كان مرسوماً يعني إن كان ذلك السند كتب موافقاً للرسم والعادة والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالوصول هي من هذا القبيل].

---

١) القرار الاستئنافي رقم ١٣٨٩٣



وقد سار الاجتهاد القضائي علىٰ اعتبار ذلك فقد نص القرار رقم (٢٩٢٥٩) علىٰ [الإقرار بالتوقيع علىٰ السند العرفي إقرارا لمحتواه. إذا أقر الوكيل بصحة توقيع موكله علىٰ الورقة العرفية فان ذلك يعتبر إقرارا منه بصحة محتوىٰ السند العرفي ويلزم به].

٣-الإقرار من خلال القيود التي في دفاتر التجار:

جاء في المادة (١٦٠٨) من المجلة [القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل الإقرار بالكتابة أيضـًا. مثلاً لو كان أحد التجار قد قيد في دفتره انه مديون لفلان بمقدار كذا يكون قد أقر لذلك بدين مقدار ذلك ويكون معتبرا ومرعيا كإقراره الشفاهي عند الحاجة].

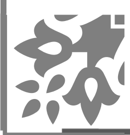
وجاء في المادة (١٦١٠) من المجلة [من كتب سنداً أو استكتبه وأعطاه ممضيـًا أو مختومـًا إذا أنكر الدين الذي حواه فلا يعتبر إنكاره ويلزمه أداء ذلك الدين وأما إذا أنكر كون السند له فلا يعتبر إنكاره أن كان خطه أو ختمه مشهوراً ومتعارفـًا ويعمل بذلك السند وإن لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر ويعرض علىٰ أهل الخبرة فإن أخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يجبر ذلك علىٰ إعطاء الدين المذكور. والحاصل يعمل بالسند إن كان بريئـًا من شائبة التزوير وشبهة التصنيع. وأما إذا لم يكن السند بريئـًا من الشبهة وأنكر المديون كون السند له وأنكر أصل الدين أيضـًا فيحلف بطلب المدعي علىٰ أن السند ليس له وأنه ليس بمديون للمدعي].

وقد سار الاجتهاد القضائي علىٰ اعتبار الإقرار بالكتابة فقد نص القرار الاستئنافي الشرعي رقم (١٣٨٥٧) علىٰ [الإقرار بالكتاب كالإقرار بالخطاب].




الفصل الأول

الشهادة




حرمت الشريعة على الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها، أو أن يشهد واقعة فيكتمها، أو يذكرها على غير حقيقتها، وقد نص على الحالة الأولى في آية الدين في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾[البقرة: ٢٨٢] والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفاً ما أو واقعة معينة، فالنص جاء خاصاً بتحمل الشهادة وليس خاصاً بأدائها. أما الحالتان الثانية والثالثة فقد نص عليهما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾[البقرة: ٢٨٣]، وفي قوله: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَوِ ٱلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَٱللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلْهَوَىٰٓ أَن تَعْدِلُواْ ۚ وَإِن تَلْوُۥٓاْ أَوْ تُعْرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٣٥﴾﴾[النساء]، والنصان الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها بتحريم شهادة الزور.

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة في تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة، ولكنها لم تصل بعد إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة. ولا شك أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة، فإن المصلحة العامة تقضي بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس، والامتناع عن تحمل الشهادة يقضي إلى تضييع الحقوق، ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبطئها، وهناك عقود لابد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج.

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحاً تعطلت هذه العقود.

ومن ير النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو في تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغته هذه النصوص من العموم والمرونة، ويفهم العلة في أن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل.

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه الشريعة من السمو والكمال، ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مسايرة لحال الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة،

ولترفع مستوىٰ الجماعة حتىٰ تقترب من مستوىٰ الشريعة الكامل.

وليعلم هؤلاء أن سبب تأخرها وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقاً عادلاً ولا كاملاً في عهودنا المظلمة المتأخرة، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكمون هواهم في كل ما يهتمون به، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم. وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة وترك أحكامها فلن يجدينا الأخذ بالقوانين شيئاً، بل سيزيدنا تأخراً علىٰ تأخر وانحطاطاً علىٰ انحطاط، وإنما علاجنا المجدي هو القضاء علىٰ سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة.

المبحث الأول

تعريف الشهادة في اللغة والاصطلاح

أولا: معناها في اللغة

من معاني الشّهادة في اللّغة:

١-**الخبر القاطع، والحضور والمعاينة والعلانية، والقسم، والإقرار، وكلمة التّوحيد، والموت في سبيل اللّه**. يقال: شهد بكذا إذا أخبر به وشهد كذا إذا حضره، أو عاينه إلىٰ غير ذلك.(١)

وقد يعدّىٰ الفعل -شهد- بالهمزة، فيقال: أشهدته الشّيء إشهاداً، أو بالألف، فقال: شاهدته مشاهدةً، مثل عاينته وزنـًا ومعنىً.

٢- **الحضور**: قوله تعالىٰ: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾[البقرة: ١٨٥] قال المفسرون في تفسير هذه الآية: وشهد بمعنىٰ حضر.(٢)

٣- **المعاينة**: قوله تعالىٰ: ﴿ وَجَعَلُواْ ٱلْمَلَٰٓئِكَةَ ٱلَّذِينَ هُمْ عِبَٰدُ ٱلرَّحْمَٰنِ إِنَٰثًاۚ أَشَهِدُواْ خَلْقَهُمْۚ سَتُكْتَبُ شَهَٰدَتُهُمْ وَيُسْـَٔلُونَ ﴿١٩﴾ ﴾[الزخرف] قال المفسرون في شرح معناها: وقوله: ﴿ أَشَهِدُواْ خَلْقَهُمْ ﴾ يعني مشاهدة البصر.(٣)

٤- **اليمين**: قوله تعالىٰ: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ ﴾[النور] قال المفسرون: الشّهادة معناها هنا اليمين.(٤)

---

١) المغرب في ترتيب المعرب ٣/ ٢١٠

٢) تفسير الرازي ٣/ ١٠٢وتفسير القرطبي ٢/ ٢٩١وبحر العلوم ١/ ١٥٥وأحكام القرآن للجصاص ١/ ٤٣٦والتحرير والتنوير ٢/ ١٤٨

٣) تفسير البغوي ٧/ ٢٠٩والتفسير الميسر ٨/ ٤٨٦

٤) تفسير الطبري ١١/ ١٩٣وأحكام القرآن لابن العربي ٦/ ١٣والنكت والعيون ٣/ ١٥٧

٥- **الخبر القاطع**: قوله تعالىٰ: ﴿وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾[يوسف: ٨١] أي: وما قلنا إلا ما رأينا حين أخرج من رحله.[١]

٦- **الإقرار**: قوله تعالىٰ: ﴿شَٰهِدِينَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِم بِٱلْكُفْرِ﴾[التوبة: ١٧] أي مقرّين فإنّ الشّهادة علىٰ النّفس هي الإقرار[٢]

٧- **تطلق الشّهادة أيضـًا علىٰ كلمة التّوحيد** وهي قولنا: لا إله إلاّ اللّه، وتسمّىٰ العبارة: أشهد أن لا إله إلاّ اللّه وأشهد أنّ محمّداً عبده ورسوله بالشّهادتين.

ومعناهما هنا متفرّع عن مجموع المعنيين -الإخبار والإقرار-، فإن معنىٰ الشّهادة هنا هو الإعلام والبيان لأمر قد علم والإقرار الاعتراف به، وقد نصّ ابن الأنباريّ علىٰ أنّ المعنىٰ هو: أعلم أن لا إله إلاّ اللّه، وأبيّن أن لا إله إلاّ اللّه، وأعلم وأبيّن أنّ محمّداً مبلّغ للأخبار عن اللّه عزّ وجلّ.

٨- **العلانية**: لقوله تعالىٰ: ﴿ عَٰلِمُ ٱلْغَيْبِ وَٱلشَّهَٰدَةِ ﴾[الرعد: ٩] معنىٰ هذه الآية: السّرّ والعلانية.[٣]

٩- **الموت في سبيل اللّه**: قوله تعالىٰ: ﴿وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَٱلرَّسُولَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ مَعَ ٱلَّذِينَ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ وَٱلصِّدِّيقِينَ وَٱلشُّهَدَآءِ وَٱلصَّٰلِحِينَ ﴾[النساء: ٦٩] فهو شهيد قد رزقه اللّه الشّهادة، جمعه شهداء.

ثانيا: معناها في الاصطلاح الفقهي

اختلف الفقهاء في تعريف الشّهادة علىٰ النحو التالي:

عرّفها الكمال من الحنفيّة بأنّها: إخبار صدق لإثبات حقّ بلفظ الشّهادة في مجلس القضاء.[٤]

---

١) بحر العلوم ٢/ ٣٩٢

٢) تفسير الرازي ٧/ ٤٧٦والمحرر الوجيز ٣/ ٢٣٠والنكت والعيون ٢/ ٩٥

٣) تفسير ابن أبي حلتم ٩/ ٤

٤) الدر المختار ٧/ ٤٧٤ وفتح القدير شرح الهداية ١٧/ ٣٩ واللباب في شرح الكتاب ٢/ ٤٥٩ والفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ١٩٠

وعرّفها الدّردير من المالكيّة: بأنّها إخبار حاكم عن علم ليقضىٰ بمقتضاه.[١]

عرّفها الجمل من الشّافعيّة بأنّها: إخبار بحقّ للغير علىٰ الغير بلفظ أشهد.[٢]

عرّفها الشّيبانيّ من الحنابلة بأنّها:. الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت.[٣]

وسميت الشهادة بهذا الاسم إشارة إلىٰ أنّها مأخوذة من المشاهدة المتيقّنة، لأنّ الشّاهد يخبر عن ما شاهده والإشارة إليها بحديث ابن عبّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: «ذكر عند رسول اللّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرّجل يشهد بشهادة، فقال لي: يا ابن عبّاس لا تشهد إلاّ علىٰ ما يضيء لك كضياء هذه الشّمس وأومأ رسول اللّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيده إلىٰ الشّمس».[٤]

---

١) الشرح الكبير للدردير ٤/ ١٦٤ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٧/ ١٧٨

٢) حاشية الجمل ٢٣/ ٢٥٩ وحاشية قليوبي وعميرة ١٧/ ٦٤

٣) الروض المربع ١/ ١٥٩

٤) المستدرك علىٰ الصحيحين ٤/ ١١٠ رقم ٧٠٤٥ صحيح الإسناد و لم يخرجاه

المبحث الثاني

الحكم التكليفي

تحمّل الشّهادة وأداؤها فرض علىٰ الكفاية، لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾[البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالىٰ: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق: ٢] وقوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾[البقرة: ٢٨٣].

ولأنّ الشّهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الأمانات(١) فإذا قام بها العدد الكافي سقط الإثم عن الجماعة، وإن امتنع الجميع أثموا كلّهم.

جاء في المادة (٦٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية:

١- يجب علىٰ كل من بلِغ مذكرة حضور لأداء شهادة أو إبراز مستند أن يحضر إلىٰ المحكمة في الزمان والمكان المعيَنين لذلك في المذكرة وإذا تخلف عن الحضور وكان في اعتقاد المحكمة أن أداء الشهادة أو إبراز المستند هو أمر جوهري في الدعوىٰ وأنَه لم تكن لذلك الشاهد معذرة مشروعة في تخلفه أو أنَه تجنب التبليغ عمداً يجوز لها أن تصدر مذكرة إحضار بحقه علىٰ أن تتضمن تفويض الشرطة إخلاء سبيله بكفالة لحين المحاكمة.

٢- إذا حضر الشاهد ولم تقتنع المحكمة بمعذرته يجوز لها أن تفرض عليه غرامة لا تزيد عن خمسة دنانير ويكون قرارها قطعياً.

وكذلك المادة (٦٤) إذا حضر الشاهد في اليوم المعين للمحاكمة بمذكرة إحضار ولم يتمكن لسبب غياب الفريق الذي طلب دعوته من أداء الشهادة أو إبراز المستند وفاقاً لما كلف به في مذكرة الإحضار علىٰ المحكمة أن تخلي سبيله وتبلغه اليوم الذي عيُن للمحاكمة.

---

١) الشرح الكبير لابن قدامة ١٢/ ٣ والمغني ٢٣/ ١٣٤ والعدة شرح العمدة ٢/ ٢٨٨

المبحث الثالث

مشروعية الشهادة

ثبتت مشروعيّة الشّهادة بالكتاب والسّنّة وإجماع الأمة والمعقول.

أمّا الكتاب:

قوله تعالىٰ: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[البقرة: ٢٨٢].

قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[الطلاق: ٢].

وقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَكۡتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾[البقرة: ٢٨٣].

أمّا السّنّة:

فأحاديث كثيرة منها:

١-حديث وائل بن حجر رضي الله تعالىٰ عنه أنّ النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: «شاهداك أو يمينه».[١]

٢- حديث عبدالله بن عبّاس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أنّ النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البيّنة علىٰ المدّعي واليمين علىٰ المدّعىٰ عليه»[٢] والبيّنة هي الشّهادة.

أما الإجماع:

فقد انعقد إجماع علىٰ مشروعيّتها لإثبات الدّعاوىٰ. قال الترمذي والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهم.[٣]

---

١) صحيح البخاري ٢ / ٨٨٩ رقم ٢٣٨٠و صحيح مسلم ١ / ١٢٢ رقم ١٨٣

٢) سنن الترمذي ٣ / ٦٢٦ رقم ١٣٤١و سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ رقم ٢٣٢١و سنن الدار قطني ٤ / ١٥٧رقم ٨

٣) الشرح الكبير لابن قدامة ١٢/ ٣

أمّا المعقول:

فالعبرة تقتضي مشروعية الشهادة فان الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع إليها.(١)

قال شريح: القضاء جمر فنحه عنك بعودين يعني الشاهدين وإنما الخصم داء والشهود شفاء فافرغ الشفاء علىٰ الداء.(٢)

وقد بين قانون أصول المحاكمات الشرعية من خلال المادة (٥٦) أنه [إذا استند المدعي في دعواه إلىٰ البينة الشخصية يجب عليه أن يحصر شهوده عندما يطلب منه ذلك ويشمل هذا الحصر بينة التَواتر، ولا يجوز تسمية شهود آخرين إلَا إذا كان موضوع الدعوىٰ ممَا تقبل فيه الشهادة حسبة].

وكذلك المادة (٥٧) [إذا عجز الخصم عن إحضار شهوده في اليوم الذي تعينه المحكمة للمرة الثانية دون عذر مقبول ولم يطلب إحضارهم بواسطة المحكمة فللقاضي أن يعتبره عاجزاً].

---

١) المغني ٢٣/ ١٣٣

٢) الشرح الكبير لابن قدامة ١٢/ ٣ ومطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ٤١ وكشاف القناع ٢٢/ ٤٦٢ وشرح منتهىٰ الإرادات ١٢/ ٣٤١ والمغني ٢٣/ ١٣٣

المبحث الرابع
أركان الشهادة
وسبب أداءها وحكمها وحجيتها

أولا: أركان الشّهادة

عند جمهور الفقهاء خمسة أركان: الشّاهد، والمشهود له، والمشهود عليه، والمشهود به، والصّيغة.

وركنها عند الحنفيّة: اللّفظ الخاصّ، وهو لفظ (أشهد) عندهم.(١)

ولا تقبل الشهادة بلفظ أعلم أو أتيقن حتىٰ لو قال أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته، لان النصوص ناطقة بلفظ الشهادة فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة توكيد، لأنها من ألفاظ اليمين فيكون معنىٰ اليمين ملاحظا فيها.(٢)

ثانيا: سبب أداء الشّهادة

١-طلب المدّعي الشّهادة من الشّاهد.

٢- خوف فوات حقّ المدّعي إذا لم يعلم المدّعي كونه شاهداً.(٣)

جاء في المادة (٥٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية [يجوز للفرقاء في أي وقت بعد إقامة الدعوىٰ أن يطلبوا إلىٰ المحكمة إصدار مذكرات حضور إلىٰ الأشخاص الذين يطلبون حضورهم إمَا لأداء الشهادة أو لإبراز مستندات إذا رأت المحكمة لزومـًا لذلك].

وكذلك المادة (٦٢) يجب أن يعين في كل مذكرة حضور الزمان والمكان اللذان

١) الدر المختار ٥/ ٤

٢) تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٤٩١

٣) العناية شرح الهداية ١٠/ ٣٧٢ والفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ١٩٢

ينبغي حضور الشخص فيهما وأن يبين فيها هل كان مطلوبـًا لأداء شهادة أم لإبراز مستند أم للأمرين معـًا وأن يذكر فيها بالتفصيل موضوع المستند المطلوب إبرازه.

ثالثا: حكم الشهادة وحجيتها

حكمها:

الشّهادة حجّة شرعيّة تظهر الحقّ ولا توجبه فيجب علىٰ القاضي القضاء بها؛ لأن الشهادة عند استجماع شرائطها مظهرة للحق، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق، قال تعالىٰ: ﴿ يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾[ص: ٢٦] وثبوت ما يترتب عليها من الأحكام.[1]

جاء في المادة (٦٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية [إذا اقتنعت المحكمة بشهادة الشهود حكم بموجبها وإَلا ردتها دون حاجة إلىٰ إجراء تزكية مع بيان أسباب ذلك في الحالتين بناء علىٰ تحقيقات المحكمة].

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٨٠

المبحث الخامس

شروط الشهادة

للشّهادة نوعان من الشّروط: شروط تحمّل، وشروط أداءً.

أولا: شروط التّحمّل

فمنها:

١-أن يكون الشّاهد عاقلاً وقت التّحمّل، فلا يصحّ تحمّلها من مجنون وصبيّ لا يعقل، لأنّ تحمّل الشّهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها، ولا يحصل ذلك إلاّ بآلة الفهم والضّبط، وهي العقل.

٢- أن يكون بصيراً، فلا يصحّ التّحمّل من الأعمىٰ عند الحنفيّة.[١]

ذهب المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وزفر من الحنفيّة إلىٰ صحّة تحمّله فيما يجري فيه التّسامع إذا تيقّن الصّوت وقطع بأنّه صوت فلان.[٢]

٣- أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس، عن ابن عباس، قال: ذكر عند رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الرجل يشهد بشهادة، فقال: «أما أنت يا ابن عباس فلا تشهد إلا علىٰ أمر يضيء لك كضياء هذه الشمس» وأومأ بيده إلىٰ الشمس[٣] ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء

---

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٠٤ والفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ١٩٤

٢) تبيين الحقائق ٢٥١/١٢ والتاج والإكليل ١١٧/١١ ومواهب الجليل ٢٠٨/١٧ والأم ٤٨/٧ والإقناع ١٠١/١ ومغني المحتاج ٤٧٥/١٩ ومطالب أولي النهىٰ ١٢٧/٢٠ وكشاف القناع ٢٣/ ٤٢ والشرح الكبير ٦٧/١٢ وشرح منتهىٰ الارادات ١٢/ ٣٩٤ والمغني ٣٦٣/١٤

٣) السنن الصغير للبيهقي ٦/٩ رقم ٣٣٢٩

مخصوصة، وهي النكاح والنسب والموت، فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس، وإن لم يعاين بنفسه؛؛ لأن مبنىٰ هذه الأشياء علىٰ الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة.(١)

ذهب أبو يوسف ومحمّد إلىٰ جواز شهادته علىٰ ما يجده من خطّ نفسه.(٢)

ولا يشترط للتحمل البلوغ والحرية والإسلام والعدالة حتىٰ لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا، أو عبدا، أو كافرا، أو فاسقا، ثم بلغ الصبي وأعتق العبد وأسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم.(٣)

ثانيا: شروط الأداء:

أما شروط الأداء فمنها ما يرجع إلىٰ الشّاهد. ومنها ما يرجع إلىٰ الشّهادة. ومنها ما يرجع إلىٰ المشهود به. ومنها ما يرجع إلىٰ النّصاب -أي عدد الشّهود-.

أوّلاً: ما يرجع إلى الشّاهد:

أن يكون الشّاهد أهلاً للشّهادة، وذلك بتوفّر شروطها فيه وهي:

أ - البلوغ:

ذهب جمهور الفقهاء: إلىٰ عدم صحة شهادة الأطفال والصّبيان لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[البقرة: ٢٨٢] والصّبيّ ليس من الرّجال لقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النّائم حتّىٰ يستيقظ، وعن الصّغير حتّىٰ يكبر، وعن المجنون حتّىٰ يعقل أو يفيق».(٤)

---

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٠٦

٢) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٣٦ وتبيين الحقائق ١٢/ ٢٣٨

٣) الفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ١٩٤

٤) سبق تخريجه

ولأنّه إذا لم يؤمن علىٰ حفظ أمواله، فلأن لا يؤمن علىٰ حفظ حقوق غيره أولىٰ.[١]

ب – العقل:

أجمع الفقهاء علىٰ عدم صحة شهادة غير العاقل، لأنّه لا يعقل ما يقوله ولا يصفه.[٢]

وسواء أذهب عقله بجنون أو سكر وذلك لأنّه ليس بمحصّل ولا تحصل الثّقة بقوله، ولأنّه لا يأثم بكذبه في الجملة، ولا يتحرّز منه.[٣]

ج – البصر:

ذهب الحنفية: إلىٰ عدم صحة شهادة الأعمىٰ مطلقا.[٤]

ذهب المالكيّة: إلىٰ جواز شهادته في الأقوال دون الأفعال فيما لا يشتبه عليه من الأقوال إذا كان فطناً، ولا تشتبه عليه الأصوات، وتيقّن المشهود له، والمشهود عليه، فإن شكّ في شيء منها فلا تجوز شهادته.[٥]

ذهب الشّافعيّة إلىٰ أنّه لا تصحّ شهادة الأعمىٰ في الأفعال، لأنّ طريق العلم بها البصر، وكذا في الأقوال إلاّ فيما يثبت بالاستفاضة، لأنّها مستندها السّماع وليس الرّؤية، وإلاّ في التّرجمة بحضرة القاضي لأنّه يفسّر ما سمعه.[٦]

---

١) المبسوط ١٦/ ١١٣ وتبيين الحقائق ١٢/ ٢٨٥ والمهذب ٤/ ٤٣٨ والمجموع ٢٠/ ٢٢٦

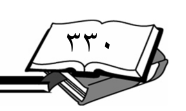
٢) درر الحكام شرح غرر الاحكام ٨/ ١٩٥ وشرح مختصر خليل للخرشي ٢١/ ٤٠٢ والمهذب ٤/ ٤٣٨ والمجموع ٢٠/ ٢٢٦ والعدة شرح العمدة ٢/ ٢٩٦

٣) الشرح الكبير لابن قدامة ١٢/ ٣٢ والمغني ٢٣/ ١٦٧

٤) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٠٦

٥) التاج والإكليل ١١/ ١١٧ ومواهب الجليل ١٧/ ٢٠٨

٦) مغني المحتاج ١٩/ ٤٣٢ وحاشية البيجرمي علىٰ الخطيب ١٤/ ١٢٧ وروضة الطالبين ٤/ ٤٧٨



ذهب الحنابلة: إلىٰ جواز شهادة الأعمىٰ إذا تيقّن الصّوت لأنّه رجل عدل مقبول الرّواية فقبلت شهادته كالبصير، ولأنّ السّمع أحد الحواسّ الّتي يحصل بها اليقين، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمىٰ، وكثرت صحبته له، وعرف صوته يقينًا، فيجب أن تقبل شهادته، فيما تيقّنه كالبصير، ولا سبيل إلىٰ إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال.(١)

ذهب زفر من الحنفيّة -وهو رواية عن أبي حنيفة- إلىٰ قبول شهادته فيما يجري فيه التّسامع، لأنّ الحاجة فيه إلىٰ السّماع، ولا خلل فيه.(٢)

د - الإسلام:

ذهب الجمهور: إلىٰ أن الأصل أن يكون الشّاهد مسلمـًا فلا تقبل شهادة الكفّار سواء أكانت الشّهادة علىٰ مسلم أم علىٰ غير مسلم لأن الشهادة فيها معنىٰ الولاية، وهو تنفيذ القول علىٰ الغير، ولا ولاية للكافر، فلا شهادة له عليه(٣) لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡ﴾[البقرة: ٢٨٢] وقوله: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢] والكافر ليس بعدل وليس منّا ولأنّه أفسق الفسّاق ويكذب علىٰ اللّه تعالىٰ فلا يؤمن منه الكذب علىٰ خلقه(٤) لكنّهم استثنوا من هذا الأصل شهادة الكافر علىٰ المسلم في الوصيّة في السّفر فقد أجازوها(٥) عملاً بقوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ

١) مطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ١٢٧ وكشاف القناع ٢٣/ ٤٢ والشرح الكبير ١٢/ ٦٧ وشرح منتهىٰ الارادات ١٢/ ٣٩٤ والمغني ١٤/ ٣٦٣

٢) الدر المختار ٥/ ٣٣١ ورد المحتار ٢/ ٣٣٩ وبدائع الصنائع ١٤/ ٣٣٦ وتبيين الحقائق ١٢/ ٢٣٨

٣) تفسير القرطبي ١٢/ ١٨١ والمحرر الوجيز ٢/ ٣٦٠ وأحكام القرآن للجصاص ٣/ ٣١٢١

٤) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٢٢ ومغني المحتاج ١٩/ ٣٢٨ وحاشية البيجرمي علىٰ الخطيب ١٤/ ٦٨ والإقناع في حل الفاظ أبي شجاع ٣/ ٨١

٥) المغني ٢٣/ ١٩٧



بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَأَصَٰبَتْكُم مُّصِيبَةُ ٱلْمَوْتِ﴾[المائدة: ١٠٦].

وأجاز الحنفيّة شهادة الذّمّيّين بعضهم علىٰ بعض، وإن اختلفت مللهم، وشهادة الحربيّين علىٰ أمثالهم[١] وأمّا شهادة المرتدّ فلا تقبل مطلقاً.[٢]

هـ - النّطق:

ذهب جمهور الفقهاء إلىٰ عدم صحة شهادة الأخرس لأن مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها، ولا عبارة للأخرس أصلا فلا شهادة له وشهادة الاخرس مشتبه فانه يستدل بإشارته علىٰ مراده بطريق غير موجب للعلم فتتمكن من شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ولا تكون اشارته أقوىٰ من عبارة الناطق لو قال أخبر.

ولأنها شهادة بالإشارة، فلم تجز، كإشارة الناطق، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين، ولذلك لا يكتفي بإيماء الناطق، ولا يحصل اليقين بالإشارة، وإنما اكتفي بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة، ولا ضرورة هاهنا، ولهذا لم يجز أن يكون حاكما، ولأن الحاكم لا يمضي حكمه إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه، ولم يذكر حكمه، والشاهد لا يشهد برؤية خطه، فلأن لا حكم بخط غيره أولىٰ.[٣]

و – العدالة:

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط عدالة الشّهود لقوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٢٢

٢) تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٥٢٣ والعناية شرح الهداية ١٠/ ٤٥٥ والفتاوىٰ الهندية ٢٦/ ١٨٠

٣) بدائع الصنائع ١٤/ ٣١١ والمبسوط للسرخسي ١٦/ ١٣٠ وتبيين الحقائق ١٢/ ٢٥٥ ومغني المحتاج ١٩/ ٣٣٤ وروضة الطالبين ٤/ ١٧٢ والمغني ٢٣/ ٢١٢ والعدة شرح العمدة ٢/ ٢٩٦

مِّنكُمْ ﴾[الطلاق: ٢] ولهذا لا تقبل شهادة الفاسق.[1]

ويرىٰ الحنفية: أن العدالة شرط وجوب القبول علىٰ القاضي لا جوازه. فإذا توفّرت في الشّاهد وجب علىٰ القاضي أن يأخذ بشهادته.[2]

ماهية العدالة:

عرّفها المالكيّة: بالمحافظة الدّينيّة علىٰ اجتناب الكبائر وتوقّي الصّغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة وأن يكون صلاحه أكثر من فساده وهي شرط وجوب القبول.[3]

عرّفها الحنابلة: ملكة في النفس تمنعهما من ارتكاب المعاصي والرذائل المباحة، وأحسن ما قيل: في تفسير العدل ما نقل عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالىٰ أن العدل في الشهادة أن يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا علىٰ الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه[4] واختلفوا في تفسير الكبائر وأصح ما قيل فيه ما نقل عن الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعالىٰ أنه قال: ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالىٰ والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك ما فيه نبذ المروءة والكرم فهو من جملة الكبائر وكذلك الإعانة علىٰ المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر وما عداها فمن الصغائر.[5]

---

١) تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٥٢٧والمحيط البرهاني ٨/ ١٤١ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٩/ ٤٢٦ والتاج والإكليل ١١/ ١٠٨ وحاشية قليوبي وعميرة ٦/ ٢٨٩ والأم ٣/ ٢٢٠ ومطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ١٠٦ وكشاف القناع ٢٣/ ٥ والشرح الكبير ١٢/ ٣٧ وشرح منتهىٰ الإرادات ١٢/ ٣٨٢

٢) البحر الرائق ٧/ ٩٥ والفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ١٩٤

٣) التاج والإكليل ١١/ ١٠٨

٤) الفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ١٩٥

٥) الفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ١٩٥

ز - التّيقّظ: أو الضّبط

لا تقبل شهادة مغفّل لا يضبط أصلاً أو غالباً لعدم التّوثّق بقوله، أمّا من لا يضبط نادراً والأغلب فيه الحفظ والضّبط فتقبل قطعاً، لأنّ أحداً لا يسلم من ذلك لأن الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال أن تكون شهادته مما غلط فيها وسها؛ ولأنه ربما شهد علىٰ غير من استشهد عليه أو بغير ما شهد به أو لغير من أشهده وعلم منه أنها تقبل ممن يقبل منه ذلك لأن أحدا لا يسلم من الغلط مرة والنسيان.[1]

ح - ألاّ يكون محدوداً في قذف:

لقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴿٤﴾ ﴾[النور].

فإن تاب وأصلح:

ذهب الجمهور إلىٰ قبول شهادته[2] لقوله تعالىٰ بعد الآية السّابقة مباشرةً: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ مِنۢ بَعْدِ ذَٰلِكَ وَأَصْلَحُوا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٥﴾ ﴾[النور].

ذهب الحنفيّة إلىٰ عدم قبول شهادته ولو تاب. ووجه الاستدلال أن الله تعالىٰ نص علىٰ الابد وهو ما لا نهاية له، والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما، وأن معنىٰ قوله لهم للمحددين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف، ولأنه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو

---

١) مغني المحتاج ١٩/ ٣٨٨ وحاشية البيجرمي علىٰ الخطيب ١٤/ ١٣٤ والإقناع في حل الفاظ أبي شجاع ٣/ ٩٥ وكشاف القناع ٢٣/ ٣ والشرح الكبير ١٢/ ٣٧ والإنصاف ١٧/ ٣٢٢

٢) حاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٩/ ٣٣١ وأنوار البروق في أنواع الفروق ٧/ ٢٥١ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ٨/١ والأم ٢٧/٧ ومغني المحتاج ٣٩٩/١٩ ومطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ١١١ والشرح الكبير ٣٠٦/٥ شرح منتهىٰ الإرادات ١٢/ ٣٨٤ والمغني ٣٨٠/١٠

الاصل فيبقىٰ بعد التوبة لعدم سقوطه بها، فكذا تتمة اعتبارا له بالأصل.(١)

ط - الذّكورة في الشّهادة على الحدود والقصاص:

يشترط الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص فلا تقبل فيها شهادة النساء؛ لما روي عن الزهري رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه قال: مضت السنة من لدن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ والخليفتين من بعده رضوان الله تعالىٰ عليهما، أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص؛ ولأن الحدود والقصاص مبناهما علىٰ الدرء والإسقاط بالشبهات، وشهادة النساء لا تخلو عن شبهة؛ لأنهن جبلن علىٰ السهو والغفلة ونقصان العقل والدين، فيورث ذلك شبهة بخلاف سائر الأحكام؛ لأنها تجب مع الشبهة؛ ولأن جواز شهادة النساء علىٰ البدل من شهادة الرجال، والإبدال في باب الحدود غير مقبول، كالكفالات والوكالات.(٢)

ي - عدم التّهمة:

للتّهمة أسباب منها:

أ - ومن التهمة المانعة أن يجر الشاهد بشهادته إلىٰ نفسه نفعا أو يدفع عن نفسه مغرما(٣) فلا تقبل شهادة الوارث لمورّثه بجرح قبل اندماله، ولا الضّامن للمضمون عنه بالأداء، ولا الإبراء.(٤)

قال الشافعية: ولا تقبل شهادة جار إلىٰ نفسه نفعـًا ولا دافع عن نسه ضرراً لما روي عن طلحة بن عبدالله بن عوف: «أن رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ بعث مناديا حتىٰ

---

١) تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٥٤٢وبدائع الصنائع ٧/ ٢٦٣ومجمع الأنهر ٦/ ١٥٢
٢) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٦٣والجوهرة النيرة شرح القدوري ٥/ ٤٣١
٣) رد المحتار ٦/ ١٥
٤) كشاف القناع ٢٣/ ٥٦

انتهىٰ إلىٰ الثنية أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين واليمين علىٰ المدعىٰ عليه»[١] والظنين المتهم والجار إلىٰ نفسه نفعـًا، والدافع عنها ضرراً متهمان، فإن شهد المولىٰ لمكاتبه بمال لم تقبل شهادته لأن يثبت لنفسه حقـًا لأن مال المكاتب يتعلق به حق المولىٰ، وإن شهد الوصي لليتيم والوكيل للموكل فيما فوض النظر فيه إليه لم تقبل لأنهما يثبتان لأنفسها حق المطالبة والتصرف، وإن وكله في شيء ثم عزله لم يشهد فيما كان النظر فيه إليه، فإن كان قد خاصم فيه لم تقبل شهادته، وإن لم يكن قد خاصم فيه ففيه وجهان: أحدهما أنه تقبل لأنه لا يحلقه تهمة، والثاني أنه لا تقبل لأنه بعقد الوكالة يملك الخصومة فيه، وإن شهد الغريم لمن له عليه دين وهو محجور عليه بالفلس لم تقبل شهادته، لأنه يتعلق حقه بما يثبت له بشهادته، وإن شهد لمن له عليه دين وهو موسر قبلت شهادته لأنه لا يتعين حقه فيما شهد به، وإن شهد له وهو معسر قبل الحجر ففيه وجهان: أحدهما أنه لا يقبل لأنه يثبت له حق المطالبة، والثاني أنه يقبل لأنه لا يتعلق بما يشهد به له حق.[٢]

وذهب جمهور الفقهاء إلىٰ أنّه لا تقبل شهادة أحد الزّوجين للآخر لأنه ينتفع بشهادته لتبسط كل واحد في مال الآخر واتساعه بسعته وإضافة مال كل واحد إلىٰ الآخر لقوله تعالىٰ: ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾[الأحزاب: ٣٣] وَ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ ﴾[الأحزاب: ٥٣] لأن يسار الرجل يزيد في نفقته امرأته ويسارها يزيد في قيمة البضع المملوك لزوجها ولأن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب فأوجب التهمة في شهادته[٣] وخالف في هذا الشّافعيّة فقالوا: تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، لأن النكاح سبب لا يعتق به أحدهما علىٰ الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما

---

١) سنن البيهقي الكبرىٰ ١٠ / ٢٠١رقم ٢٠٦٤٩ والموطأ – رواية يحيىٰ الليثي ٢ / ٧٢٠ رقم ١٤٠٣

٢) المهذب ٤/ ٤٤٨

٣) كشاف القناع ٢٣/ ٥٠

للآخر كقرابة ابن العم.[١]

ب - **البضعية**: فلا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا، ولا شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا[٢] روىٰ ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي إحنة» والظنين المتهم وهذا متهم لأنه يميل إليه ميل الطبع، ولأن الوالد بضعة من الوالد، ولهذا قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «يا عائشة إن فاطمة بضعة مني يريبني ما يريبها»، ولأن نفسه كنفسه وماله كماله، ويستحق عليه النفقة إذا احتاج.[٣]

ج - **العداوة**: فلا تقبل شهادة عدوّ علىٰ عدوّه، والمراد بالعداوة هنا، العداوة الدّنيويّة لا الدّينيّة، فتقبل شهادة المسلم علىٰ الكافر، والسّنّيّ علىٰ المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه لا تردّ شهادته عليه والعداوة الّتي تردّ بها الشّهادة أن تبلغ حدّاً يتمنّىٰ زوال نعمته ويفرح لمصيبته، ويحزن لمسرّته، وذلك قد يكون من الجانبين وقد يكون من أحدهما، فيخصّ بردّ شهادته علىٰ الآخر، وتقبل شهادة العدوّ لعدوّه إذ لا تهمة.[٤]

د - **أن يدفع بالشّهادة عن نفسه عار الكذب،** فإن شهد فاسق وردّ القاضي شهادته ثمّ تاب بشروط التّوبة فشهادته المستأنفة مقبولة بعد ذلك، ولو أعاد تلك الشّهادة الّتي ردّت لم تقبل.[٥]

هـ - **الحرص علىٰ الشهادة بالمبادرة**: الحقوق نوعان، نوع لا تجوز المبادرة إلىٰ الشهادة عليه ونوع يجوز وتسمىٰ الشهادة علىٰ هذا الثاني علىٰ وجه المبادرة

---

١) المهذب ٤/ ٤٤٨
٢) المهذب ٤/ ٤٤٩ وكشاف القناع ٢٣/ ٤٧
٣) المهذب ٤/ ٤٤٩
٤) المهذب ٤/ ٤٥٠ وأسنىٰ المطالب ٤/ ١٦٩وكشاف القناع ٢٣/ ٧٠
٥) روضة الطالبين ٤/ ١٧١

شهادة حسبة فحيث لا يجوز فالمبادر متهم فلا تقبل شهادته والمبادرة أن يشهد من غير تقدم دعوىٰ فإن شهد بعد دعوىٰ قبل أن يستشهد ردت شهادته أيضـًا علىٰ الأصح للتهمة.[1]

و -**العصبيّة**: فلا تقبل شهادة من عرف بها وبالإفراط في الحميّة كتعصّب قبيلة علىٰ قبيلة وإن لم تبلغ رتبة العداوة الغفلة وكثرة الغلط ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ ولا يضبط فإن شهد مفسراً وبين وقت التحمل ومكانه فزالت الريبة عن شهادته قبلت ولا تقبل شهادة من كثر غلطه ونسيانه وأما الغلط اليسير فلا يقدح في الشهادة لأنه لا يسلم منه أحد قال الإمام ومعظم شهادات العوام يشوبها جهل وغرة فيحوج إلىٰ الاستفصال.[2]

ثانياً: ما يرجع إلى نفس الشّهادة

ومن ذلك:

١- اشتراط وجود الدّعوىٰ في الشّهادة علىٰ حقوق العباد من المدّعي أو نائبه. أمّا الشّهادة علىٰ حقوق اللّه تعالىٰ فلا يشترط فيها وجود الدّعوىٰ علىٰ رأي جمهور الفقهاء.

٢ – موافقة الشهادة للدّعوىٰ.

٣ – العدد في الشّهادة فيما يطّلع عليه الرّجال.

٤ – اتّفاق الشّاهدين.

٥- تعذّر حضور الأصل -وهذا في الشّهادة علىٰ الشّهادة-.

---

١) روضة الطالبين ٤/ ١٧١

٢) روضة الطالبين ٤/ ١٧٠ ومطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ١٤٨ وشرح منتهىٰ الإرادات ١٢/ ٤٠٧ ومنار السبيل شرح الدليل ٢/ ٣٤٨

٦- أن تؤدّىٰ بلفظ الشّهادة بأن يقول: أشهد بكذا وهذا قول الجمهور[١] والأظهر عند المالكيّة أنّه يكفي ما يدلّ علىٰ حصول علم الشّاهد كأن يقول: رأيت كذا أو سمعت كذا ولا يشترط أن يقول: أشهد.[٢]

ثالثاً: ما يرجع إلى المشهود به:

يشترط في المشهود به:

١-أن تكون الشهادة بمعلوم فإن كانت بمجهول لم تقبل؛ لأن علم القاضي بالمشهود به شرط صحة قضائه، فما لم يعلم لا يمكنه القضاء به وأن يكون المشهود به معلوما للشاهد عند أداء الشهادة حتىٰ لو ظن، لا تحل له الشهادة، وإن رأىٰ خطه وختمه وأخبره الناس بما يتذكر بنفسه، وهذا عند أبي حنيفة رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ وعندهما إن رأىٰ خطه وختمه له أن يشهد نحو ما تقدم من الخلاف والحجج من الجانبين.[٣]

٢- أن يكون المشهود به مالاً أو منفعةً، فلا بدّ أن يكون متقوّماً شرعاً.

رابعاً: ما يرجع إلى نصاب الشّهادة:

يختلف عدد الشّهود في الشّهادات بحسب الموضوع المشهود به:

١- من الشّهادات ما لا يقبل فيه أقلّ من أربعة رجال، لا امرأة بينهم وذلك في الزّنا[٤] لقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾[النور: ٤].

---

١) رد المحتار ٦/ ٤ وتكملة حاشية رد المحتار ١/ ٤٧٧ وبدائع الصنائع ١٤/ ٣٠٢ وتحفة المحتاج ٤٤/ ٢٦١ ومغني المحتاج ١٩/ ٤٦٦ والفروع لابن مفلح ١٢/ ٤٩٥

٢) شرح مختصر خليل للخرشي ٢٢/ ١٣٥ والفواكه الدواني ٧/ ٢٥٢

٣) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٥٢ والمبسوط ١٦/ ٩٩ ومعين الحكام ١/ ٢٧٤

٤) تفسير البحر المحيط ٨/ ٢٩٥ والبحر المديد ٤/ ٢٢٣ وفتح باب العناية بشرح النقاية ٥/ ٤٠٢ وكفاية الأخيار ٢/ ٣٠٤ والوسيط في المذهب ٧/ ١٦١ ومنار السبيل ٢/ ٣٤٩ والعدة شرح العمدة ٢/ ٢٨٨

وقوله تعالىٰ: ﴿لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[النور: ١٣].

وقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾[النساء: ١٥].

وعن أبي هريرة: «أنّ سعد بن عبادة قال يا رسول اللّه إن وجدت مع امرأتي رجلاً أأمهله حتّىٰ آتي بأربعة شهداء؟ قال: نعم».(١)

٢- ومنها ما يقبل فيه شاهدان لا امرأة فيهما، وهو ما سوىٰ الزّنىٰ من الحدود والقصاص، كالقطع في السّرقة، وحدّ الحرابة، والجلد في الخمر، وهذا باتّفاق الفقهاء.(٢)

وذهب جمهور الفقهاء إلىٰ أنّ ما يطّلع عليه الرّجال غالبًا، ممّا ليس بمال ولا يقصد منه مال: كالنّكاح، والطّلاق، والرّجعة، والإيلاء، والظّهار، والنّسب، والإسلام، والرّدّة، والجرح، والتّعديل، والموت والإعسار، والوكالة، والوصاية، والشّهادة علىٰ الشّهادة، ونحو ذلك، فإنّه يثبت عندهم بشهادة شاهدين لا امرأة فيهما(٣) ودليلهم في ذلك أنّ اللّه تعالىٰ نصّ علىٰ شهادة الرّجلين في الطّلاق والرّجعة والوصيّة، فأمّا الطّلاق والرّجعة فقوله تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[الطلاق: ٢]، وأمّا الوصيّة فقوله: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[المائدة: ١٠٦] وأنّ النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

١) صحيح مسلم ٢/ ١١٣٥ رقم ١٤٩٨ والموطأ - رواية يحيىٰ الليثي ٢/ ٧٣٧ رقم ١٤١٤

٢) تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٤٨٥ والجوهرة النيرة شرح القدوري ٥/ ٤٣١ والأم ١/ ٢٦٣ وحاشية البيجرمي علىٰ الخطيب ١٤/ ١٠٣ والإنصاف ١٠/ ٤٤٠

٣) تبيين الحقائق ١٢/ ٢١١ والفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ٢٠٠ والفواكه الدواني ٧/ ٢٧٠ وشرح ميارة ١/ ١٧٦ ومغني المحتاج ٢٠/ ٢٥٢ وحاشية البيجرمي علىٰ الخطيب ١٤/ ٩٨ وشرح البهجة الوردية ٢٠/ ١١٠ والإقناع في حل الفاظ ابي شجاع ٣/ ٨٦

قال في النّكاح: «لا نكاح إلاّ بوليّ وشاهدي عدل».[١]

٣- قال الحنفيّة: ما يقبل فيه شاهدان، أو شاهد وامرأتان هو ما سوىٰ الحدود والقصاص سواء أكان الحقّ مالاً أم غير مال، كالنّكاح والطّلاق والعتاق والوكالة والوصاية.[٢]

ودليلهم قوله تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[البقرة: ٢٨٢].

أما الجمهور: فقد قصروا قبول شهادة الرّجلين أو الرّجل والمرأتين علىٰ ما هو مال أو بمعنىٰ المال، كالبيع، والإقالة، والحوالة، والضّمان، والحقوق الماليّة، كالخيار، والأجل، وغير ذلك. وأجازوا فيه أن يثبت بشاهد واحد ويمين المدّعي.[٣] ودليلهم في ذلك: «أنّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضىٰ بيمين وشاهد»[٤]

إلا أن الحنفية لم يجيزوا القضاء بالشّاهد واليمين وذهبوا إلىٰ أنّ القاضي إذا قضىٰ بالشّاهد واليمين لا ينفذ قضاؤه، لأنّ الآثار الّتي وردت في هذا الشّأن لا تثبت عندهم.[٥]

٤- ومنها ما تقبل فيه شهادة النّساء منفردات، وهو الولادة والاستهلال والرّضاع، وما لا يجوز أن يطّلع عليه الرّجال الأجانب من العيوب المستورة.[٦]

---

١) صحيح ابن حبان ٩ / ٣٨٦ رقم ٤٠٧٥ وسنن الدار قطني ٣ / ٢٢١ رقم ١١ والمعجم الأوسط ٩ / ١١٧ رقم ٩٢٩١ قال شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن

٢) تبيين الحقائق ١٢/ ٢١١والفتاوىٰ الهندية ٢٥/ ٢٠٠

٣) المهذب ٤/ ٤٦٠والمجموع ٢٠/ ٢٥٧وشرح الزاد للحمد ٣٢/ ١٥

٤) صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٧ رقم ١٧١٢ وسنن أبي داود ٢ / ٣٣٢ رقم ٣٦٠٨ ومسند أحمد ابن حنبل ١ / ٣٢٣ رقم ٢٩٦٩

٥) أصول السرخسي ١/ ٣٦٥ وكشف الأسرار علىٰ أصول البزدوي ٤/ ٤٩٣

٦) أنواع البروق في أنواع الفروق ٧/ ٤٥٠ والحاوي للماوردي ١١/ ٤٠١ والشرح الكبير لابن قدامة ١٢/ ٩٧ والمغني ٢٣/ ١٥٢



وقال الحنفية: ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.[١]

٥ - ومنها ما تقبل فيه شهادة شاهد واحد، فتقبل شهادة الشّاهد الواحد العدل بمفرده في إثبات رؤية هلال رمضان استدلالاً بحديث ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: «تراءىٰ النّاس الهلال، فأخبرت النّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنّي رأيته فصامه وأمر النّاس بصيامه».[٢]

وبحديث ابن عبّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنّه قال: «جاء أعرابيّ إلىٰ النّبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: إنّي رأيت الهلال، فقال: أتشهد أن لا إله إلاّ اللّه؟ وأتشهد أنّ محمّداً رسول اللّه؟ قال: نعم، قال: يا بلال أذّن في النّاس أن يصوموا غداً».[٣]

وهو أحد قولي الشّافعيّ والمشهور عن أحمد، وبه قال الحنفيّة: إن كان بالسّماء علّة من غيم أو غبار ونحو ذلك.[٤]

ويرىٰ المالكيّة والحنابلة: أنّه تقبل شهادة الطّبيب الواحد في الشّجاج، والبيطار في عيوب الدّوابّ.[٥]

---

١) العناية شرح الهداية ٥/ ١٥٨وفتح القدير شرح الهداية ٧/ ٤٣٦ واللباب في شرح الكتاب ٢/ ١٩٣

٢) سنن أبي داود ١ / ٧١٥ رقم ٢٣٤٢ وصحيح ابن حبان ٨ / ٢٣١ رقم ٣٤٤٧ والمستدرك ١ / ٥٨٥ رقم ١٥٤١ صحيح علىٰ شرط مسلم ولم يخرجاه

٣) سنن الدارمي ٢ / ٩ رقم ١٦٩٢وسنن الدار قطني ٢ / ١٥٨ رقم ٩

٤) تبيين الحقائق ٤/ ٧٠ وفتح القدير شرح الهداية ٤/ ٣١٠ وفتح العزيز شرح الوجيز ٦/ ١١٠

٥) أنوار البروق في أنواع الفروق ٧/ ٢١٠والمغني ٢٣/ ٣٧٨ ومختصر الخرقي ص ١٥٧



المبحث الخامس

حكـم الإشـــهاد

فرّق الفقهاء في وجوب الإشهاد علىٰ العقود بين عقود النّكاح وغيرها:

ذهب الجمهور: إلىٰ أنّ الإشهاد علىٰ عقد النّكاح واجب وشرط في صحّته[1] لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا نكاح إلاّ بوليّ وشاهدي عدل».[2]

وذهب مالك إلىٰ أنّ الإشهاد غير واجب إذا تمّ الإعلان. وقالو: وأما الإشهاد فشرط صحة في الدخول لا في صحة العقد.[3]

أمّا عقود البيوع:

فقد ذهب أبو موسىٰ الأشعريّ، وابن عمر، والضّحّاك، وسعيد بن المسيّب، وجابر بن زيد، ومجاهد إلىٰ أنّ الإشهاد واجب.[4]

قال عطاء: أَشْهِد إذا بعت وإذا اشتريت بدرهم أو نصف درهم أو ثلث درهم أو أقلّ من ذلك[5] فإنّ اللّه عزّ وجلّ يقول: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾[البقرة: ٢٨٢].

وذهب كثير من الصّحابة والتّابعين، وجمهور الفقهاء والمفسّرين، إلىٰ أنّ الأمر في قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ للنّدب وليس للوجوب[6] لورود الآية الّتي بعدها وهي قوله: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾[البقرة: ٢٨٣]. فدلّ ذلك علىٰ أنّ الأمر فيها محمول علىٰ الاستحباب. ولما ورد عن جابر: «قال اشترىٰ

---

١) فتح القدير شرح الهداية ٦/ ٣١٣ ودرر الحكام ١٩/ ٤٣٦

٢) سبق تخريجه

٣) حاشية العدوي علىٰ شرح كفاية الطالب الرباني ٥/ ٥٩

٤) البحر الرائق ٣/ ١٥٩ والمجموع ١٤/ ٣٢٨ والحاوي ٧/ ٢٤٢ وشرح الزاد للحمد ٢١/ ٨٦

٥) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢١٥

٦) تفسير الرازي ١٥/ ٣٧٥ وتفسير القرطبي ١٨/ ١٥٨ وأحكام القرآن للشافعي ١/ ٢٧٨

مني رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعيرا واستثنىٰ ظهره إلىٰ المدينة»[1] فدلّ ظاهر الحديث أنّه لم يشهد. وقد باع النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأشهد، وباع في أحيان أخرىٰ واشترىٰ، ورهن درعه عند يهوديّ، ولم يشهد. ولو كان الإشهاد أمراً واجباً لوجب مع الرّهن لخوف المنازعة.

١) المعجم الأوسط ٦ / ٤٣ رقم ٥٧٤٤

المبحث السادس
مستند علم الشاهد

ينبغي أن تكون الشّهادة عن مشاهدة وعيان: لما يأتي:

١-قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلۡحَقِّ وَهُمۡ يَعۡلَمُونَ ﴿٨٦﴾﴾[الزخرف].

٢- قوله تعالىٰ حكايةً عن إخوة يوسف: ﴿وَمَا شَهِدۡنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمۡنَا﴾[يوسف: ٨١] فأخبر سُبۡحَانَهُۥوَتَعَالَىٰ أنّ الشّهادة تكون بالعلم، ولا تصحّ بغلبة الظّنّ.

٣- بحديث ابن عبّاس رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُمَا قال: «ذكر عند رسول اللّه صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ الرّجل يشهد بشهادة، فقال لي: يا ابن عبّاس لا تشهد إلاّ علىٰ ما يضيء لك كضياء هذه الشّمس وأومأ رسول اللّه بيده إلىٰ الشّمس[١] وهذا يدلّ علىٰ أنّ الشّهادة يجب أن يكون مستندها أقوىٰ أسباب العلم وهي المشاهدة والعلم اليقينيّ.

لكنّ الأمور المشهود بها قد تتفاوت فيما بينها في تحصيل العلم بها:

١-منها ما شأنه أن يعاينه الشّاهد كالقتل، والسّرقة، والغصب، والرّضاع، والزّنىٰ، وشرب الخمر. فلا يصحّ أن يشهد الشّاهد هذه الأمور إلاّ بالمعاينة ببصره.

٢- منها أمور لا يصحّ للشّاهد أن يشهد بها إلاّ بالسّماع والمعاينة، وإليه ذهب الجمهور في عقود النّكاح، والبيوع، والإيجارات، والطّلاق، لأنّ الأصوات قد تشتبه، ويكتفي الحنابلة فيها بالسّماع إذا عرف المتعاقدين يقيناً وتيقّن أنّه كلامهما.[٢]

٣- منها ما يحصل علمه بها عن طريق سماع الأخبار الشّائعة المتواترة والمستفيضة، المرتبة السّابقة يكون مصدرها سماعاً مستفيضاً لم يبلغ في استفاضته حدّ الأولىٰ، وهذه المرتبة هي المقصود بكلام الفقهاء عند إطلاقهم الحديث علىٰ

---

١) سبق تخريجه

٢) الشرح الكبير ١٢/ ٨ والمغني ٢٣/ ١٥٧

شهادة السّماع، أو الشّهادة بالسّماع، أو بالتّسامع. وهي الّتي قال المالكية في تعريفها: «إنّها لقب لما يصرّح الشّاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معيّن فتخرج -بذلك- شهادة البتّ والنّقل».[1]

وقد اتّفق الفقهاء: علىٰ جواز اعتمادها قضاءً للضّرورة، أو الحاجة في حالات خاصّة اختلفت كما باختلاف المذاهب في تحديد مواضع الحاجة، وضبط القيود الّتي تعود إليها، ولقد أفاض المالكيّة في القول فيها أكثر من غيرهم، حيث بيّن غير واحد منهم أنّ النّظر في شهادة التسّامع يتناول الجوانب التّالية:

الأوّل: الصّفة الّتي تؤدّى بها:

فالرّاجح عندهم والمعول عليه أن يقول الشّاهد -عند تأديتها-: «سمعنا سماعـًا فاشيـًا من أهل العدالة وغيرهم أنّ هذه الدّار -مثلاً- صدقة علىٰ بني فلان»، أي: لا بدّ من الجمع بين العدول، وغير العدول في المنقول عنهم. ويرىٰ بعضهم أنّ عليهم أن يقولوا: «إنّا لم نزل نسمع من الثّقات، أو سمعنا سماعـًا فاشيـًا من أهل العدل» وهو رأي مرجوح عندهم، لأنّ حصر مصدر سماعهم في الثّقات والعدول يخرجها من السّماع إلىٰ النّقل وهو موضوع آخر.[2]

١ مواهب الجليل ١٧/ ٣٠٠ وحاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٩/ ٤٥٦

٢) انظر التاج والإكليل ٦/ ٢٨٠و٨/ ٤٩٧ ومواهب الجليل ١٠/ ٤٩٠ و١ ١/ ١٢٦ و١٧/ ٣٠٤ وشرح ميارة ١/ ٢١٥و١/ ٢١٨

المبحث السابع
الشهادة بالسماع والتسامع

الشّهادة بالتّسامع عند التّحقيق تنقسم إلىٰ ثلاث مراتب باعتبار درجة العلم الحاصل بها:

المرتبة الأولىٰ: تفيد علماً جازماً مقطوعاً به وهي المعبّر عنها: بشهادة السّماع المتواتر كالسّماع بوجود مكّة والمدينة وبغداد والقاهرة والقيروان ونحوها من المدن القديمة الّتي ثبت القطع بوجودها سماعاً عند كلّ من لم يشاهدها مشاهدةً مباشرةً فهذه عند حصولها تكون - من حيث وجوب القبول والاعتبار - بمنزلة الشّهادة إجماعاً.[١]

المرتبة الثّانية: تفيد ظنّاً قويّاً يقرب من القطع وهي المعبّر عنها: بالاستفاضة من الخلق الغفير: كالشّهادة بأنّ نافعاً مولىٰ ابن عمر وأنّ عبدالرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك، وأنّ أبا يوسف يعتبر الصّاحب الأوّل لأبي حنيفة، وقد ذهب الفقهاء إلىٰ قبول هذه المرتبة ووجوب العمل بمقتضاها من ذلك قولهم: إذا رؤي الهلال رؤيةً مستفيضةً من جمّ غفير وشاع أمره بين أهل البلد لزم الفطر أو الصّوم من رآه، ومن لم يره دون احتياج إلىٰ شهادة عند الحاكم ودون توقّف علىٰ إثبات تعديل نقلته.[٢]

المرتبة الثّالثة: تفيد ظنّاً قويّاً دون الظّنّ المذكور في العدول في المنقول عنهم خلافاً لما يراه مطرّف وابن ماجشون.[٣]

---

١) معين الحكام ٢/ ٦

٢) معين الحكام ٢/ ٦

٣) معين الحكام ٢/ ٦



شروط قبولها وأهمّها:

الأول: أن لا يستخرج بها ما في يد حائز وإنما شهد بها لمن كان الشيء بيده فتصح حيازته.

الثاني: الزمان.

الثالث: السلامة من الريب، فإن شهد اثنان بالسماع وفي القبيلة مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئا من ذلك لم تقبل شهادتهما إلا أن يكون علم ذلك فاشيا.

الشرط الرابع: أن يحلف المشهود له.

الشرط الخامس: أن لا يسموا المسموع منهم وإلا كان نقل شهادة فلا تقبل إذا كان المنقول عنهم غير عدول.

الشرط السادس: أن يشهد بذلك اثنان فصاعدا، ويكتفي بهما علىٰ المشهور.

الشرط السابع: أن يكون السماع فاشيا من الثقات.

قال ابن عبدالسلام: أما كونه فاشيا متفق عليه وأما كونه من الثقات فمنهم من شرطه ومنهم من لم يشترطه.[١]

المواضع الّتي تقبل فيها شهادة السّماع:

أجمع الفقهاء علىٰ صحّة شهادة التّسامع في النّسب والولادة للضّرورة، قال ابن المنذر: أمّا النّسب، فلا أعلم أحدًا من أهل العلم منع منه، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشّهادة به، إذ لا سبيل إلىٰ معرفته قطعـًا بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمّه ولا أحداً من أقاربه.[٢]

واختلفوا فيما وراء ذلك:

---

١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ٢/ ١٧

٢) المغني ٢٣/ ١٦١

قال أبو حنيفة: لا تصحّ إلاّ في النّكاح والموت والنّسب، ولا تقبل في الملك المطلق، لأنّ الشّهادة فيه لا تخرج عن كونها شهادةً بمال، وما دام الأمر كذلك فهو شبيه بالدّين، والدّين لا تقبل فيه شهادة السّماع، وأمّا صاحباه فقد نصّا علىٰ قبولها في الولاء مثل عكرمة مولىٰ ابن عبّاس.[١]

قال الحنابلة وبعض أصحاب الشّافعيّ: تجوز -بالإضافة إلىٰ المسألتين الأوليين- في تسعة أشياء: النّكاح، والملك المطلق، والوقف ومصرفه، والموت، والعتق، والولاء، والولاية، والعزل، معلّلين رأيهم بأنّ هذه الأشياء تتعذّر الشّهادة عليها غالباً بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها، فلو لم تقبل فيها الشّهادة بالتّسامع لأدّىٰ ذلك إلىٰ الحرج والمشقّة، وتعطيل الأحكام وضياع الحقوق.[٢]

ويرىٰ البعض الآخر من أصحاب الشّافعيّ: أنّها لا تقبل في الوقف، والولاء، والعتق والزّوجيّة، لأنّ الشّهادة ممكنة فيها بالقطع حيث إنّها شهادة علىٰ عقد كبقيّة العقود.[٣]

---

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٠٧ وتبيين الحقائق ١٢/ ٢٤٢ والعناية شرح الهداية ١٠/ ٤١٢ وفتح القدير شرح الهداية ١٧/ ٨٩

٢) الشرح الكبير ١٢/ ١١والمغني ٢٣/ ١٦١ومنار السبيل ٢/ ٣٤١ والعدة شرح العمدة ٢/ ٢٩٤ والحاوي ١٧/ ٣٥

٣) الحاوي ١٧/ ٣٥

المبحث الثامن

مصاريف الشهادة والأجرة عليها

ذهب جمهور الفقهاء إلىٰ أنّه: لا يحلّ للشّاهد أخذ الأجرة علىٰ أدائه الشّهادة إذا تعيّنت عليه لأنّ إقامتها فرض.[1] لقوله تعالىٰ: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾[الطلاق: ٢].

أمّا إذا لم تتعيّن عليه، وكان محتاجـًا، وكان أداؤها يستدعي ترك عمله وتحمّل المشقّة:

ذهب جمهور الفقهاء إلىٰ: عدم جواز أخذ الأجرة عليها، لكن له أجرة الرّكوب إلىٰ موضع الأداء[2] ولقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾[البقرة: ٢٨٢].

وقد أشار إلىٰ ذلك قانون أصول المحاكمات الشرعية من خلال المواد:

المادة (٥٩)

[علىٰ الفريق الذي يطلب إصدار مذكرة حضور إلىٰ شاهد ما أن يدفع إلىٰ المحكمة قبل اصدار مذكرة الحضور وخلال المدة التي تعين لذلك المبلغ الذي تراه المحكمة كافيـًا لتسديد مصاريف السفر وغيرها من النفقات التي يتحملها الشاهد في ذهابه وإيابه].

المادة (٦٠)

[إذا حضر شخص ما إلىٰ محكمة إجابة لطلب فريق من الفرقاء من أجل أداء الشهادة يجوز للمحكمة سواء ادىٰ ذلك الشخص الشهادة أم لا أن تأمر بدفع نفقات السفر إليه مع أية نفقات أخرىٰ ترىٰ ضرورة لدفعها].

---

١) مواهب الجليل ١٠/ ٩٠ وشرح الزاد للحمد ٣٠/ ٤٦

٢) الدر المختار ٥/ ٥ وتبيين الحقائق ١٢/ ٢٠٢ ومغني المحتاج ١٩/ ٣٦٤و٤٦٠ وأسنىٰ المطالب ٢٢/ ٤٣٥ ومطالب أولي النهىٰ ٢٠/ ٤٨ وشرح منتهىٰ الاردات ١٢/ ٣٤٧

المادة (٦١)

[إذا ظهر للمحكمة أن المبلغ المدفوع لا يكفي لتسديد نفقات الشاهد والتعويض عليه يجوز لها أن تقرر دفع أي مبلغ آخر يكفي لهذا الغرض وينفذ هذا القرار لدى رئيس التنفيذ في المحكمة الشرعية إذا لم يدفع المبلغ في الحال].

المبحث التاسع

تعديل الشهود

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط العدالة في الشّاهد، ولا في اعتبار العدالة الحقيقيّة الحاصلة بالسّؤال والتّزكية، ولكن اختلفوا في الاكتفاء بالعدالة الظّاهرة:

ذهب الإمام أبو حنيفة، وإحدىٰ الرّوايتين عن الإمام أحمد: أنّه يقضي بظاهر العدالة، إلاّ إذا طعن الخصم في عدالة من شهد، واستثنىٰ أبو حنيفة الحدود والقصاص، فأوجب فيهما التّزكية وإن لم يطعن الخصم.[١]

واستدلّوا علىٰ جواز الحكم بظاهر العدالة بالآتي:

١-قول عمر: المسلمون عدول بعضهم علىٰ بعض.[٢]

٢- أنّ أعرابيّاً جاء إلىٰ النّبيّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فشهد برؤية الهلال، فقال له النّبيّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أتشهد ألاّ إله إلاّ اللّه؟ فقال: نعم. فقال: أتشهد أنّي رسول اللّه؟ فقال: نعم. فصام وأمر النّاس بالصّيام»[٣]

٣- لأنّ العدالة أمر خفيّ سببها الخوف من اللّه تعالىٰ، ودليل ذلك الإسلام، فإذا وجد فليكتف به، ما لم يقم علىٰ خلافه دليل.[٤]

ذهب الإمام مالك وأبو يوسف ومحمّد والشّافعيّة، والإمام أحمد في الرّواية الأخرىٰ عنه: إلىٰ أنّ التّزكية واجبة في كلّ الأمور، لكنّ ذلك مشروط بما إذا لم يعرف القاضي

---

١) المبسوط للسرخسي ١٦/ ٨٨وفتاوىٰ قاضي خان ٢/ ٢٧٨والعناية شرح الهداية ١٠/ ٣٨٩

٢) السنن الصغير للبيهقي ٩/ ٥٣ رقم ٣٣٧٠و سنن الدار قطني ٤ / ٢٠٦ رقم ١٥

٣) سبق تخريجه

٤) المغني ٢٢/ ٤٩٧

حال الشّهود، فإن عرف عدالتهم فلا حاجة إلىٰ التّزكية.[١]

واستدلّوا بوجوب التّزكية في كلّ الأمور بالآتي:

١-قوله تعالىٰ: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[البقرة: ٢٨٢] ولا يعلم أنّه مرضيّ حتّىٰ نعرفه.

٢- عن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ «أنّه أتي بشاهدين، فقال لهما عمر: لست أعرفكما ولا يضرّكما إن لم أعرفكما، جيئا بمن يعرفكما، فأتيا برجل، فقال له عمر: تعرفهما؟ فقال: نعم. فقال عمر: صحبتَهما في السّفر الّذي يتبيّن فيه جواهر النّاس؟ قال: لا. قال: عاملتَهما بالدّنانير والدّراهم الّتي تقطع فيها الرّحم؟ قال: لا. قال: كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما؟ قال: لا. قال: يا ابن أخي لست تعرفهما. جيئا بمن يعرفكما» قال ابن قدامة: وهذا بحث يدلّ علىٰ أنّه لا يكتفىٰ بدونه.[٢]

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ ذلك من خلال المادة (٦٥) والتي جاء فيها [علىٰ المحكمة أن تحلِف الشاهد اليمين قبل البدء في الشهادة ولا حاجة إلىٰ لفظ أشهد].

---

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٢٧ والمبسوط ١٦/ ٩١ ومعين الحكام ٢/ ٦٢ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٧/ ٩٧ وشرح مختصر خليل ٢١/ ٣١٦ وتحفة المحتاج ٤٣/ ١٩٢ومغني المحتاج ١٩/ ٢٠٨ وأسنىٰ المطالب ٢٢/ ٢٦٦ مطالب أولي النهىٰ ١٩/ ٣٧٢ وكشاف القناع ٢٢/ ٣١٠

٢) المرجع السابق ٢٢/ ٤٩٨

المبحث العاشر

الشهادة على الشهادة

قد لا يستطيع الشّاهد المقبول الشّهادة أن يؤدّي الشّهادة بنفسه أمام القضاء، لسفر، أو مرض، أو عذر من الأعذار، فيشهد علىٰ شهادته شاهدين تتوفّر فيهما الصّفات الّتي تؤهّلهما للشّهادة، ويطلب منهما تحمّلها والإدلاء بها أمام القضاء، فيقوم هذان الشّاهدان مقامه، في نقل تلك الشّهادة إلىٰ مجلس القضاء بلفظها المخصوص في التّحمّل والأداء، لأنّ الحاجة تدعو إلىٰ ذلك فلا تقبل الشّهادة علىٰ الشّهادة إلاّ عند تعذّر شهود الأصل باتّفاق الفقهاء.[١]

وممّا يجيز للشّاهد أن يشهد علىٰ شهادته أن يخاف الموت فيضيع الحقّ. هذا علىٰ وجه العموم، وإن كانت آراء الفقهاء متباينةً فيما يجوز من الشّهادة علىٰ الشّهادة وما لا يجوز.

وذهب الحنفيّة والحنابلة إلىٰ أنّها: جائزة في كلّ حقّ لا يسقط بشبهة، فلا تقبل فيما يندرئ بالشّبهات كالحدود والقصاص.[٢]

قال الحنفيّة وإنّما قلنا بذلك استحسانـًا. ووجه القياس أنّها عبادة بدنيّة وليست حقّـًا للمشهود له والنّيابة لا تجزئ في العبادة البدنيّة، ووجه الاستحسان أنّ الحاجة ماسّة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشّهادة لمرض أو موت أو بعد مسافة، فلو لم تجز الشّهادة علىٰ الشّهادة أدّىٰ إلىٰ ضياع الحقوق، وصار كتاب القاضي إلىٰ القاضي.[٣]

---

١) الحاوي للماوردي ١٦/ ٢٤٤ وكشاف القناع ٢٣/ ١٤١ والفروع لابن مفلح ١٢/ ٤٩٧

٢) البحر الرائق ٩/ ٣٤٤ والعناية شرح الهداية ١١/ ١٢ فتح القدير شرح الهداية ١٧/ ٢٨٥ والمغني ٢٣/ ٢٤٨ والشرح الكبير ١٢/ ١٠٢

٣) تبيين الحقائق ١٢/ ٣٤٧ ومجمع الأنهر ٦/ ١٩١

المبحث الحادي عشر
الرجوع عن الشهادة

هو أن يقول رجعت عما شهدت به ونحوه، فلو أنكرها لا يكون رجوعا.[١]

وشرط الرجوع في مجلس القاضي ويتفرع علىٰ اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد علىٰ نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء، ولو ادعىٰ عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كذا بهذا الرجوع.[٢]

قال الحنفية: الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان:

أحدهما: يرجع إلىٰ مال الشاهد.

الثاني: يرجع إلىٰ نفسه.

أما الذي يرجع إلىٰ ماله فهو وجوب الضمان، والكلام فيه في ثلاثة مواضع: في بيان سبب وجوب الضمان، وفي بيان شرائط الوجوب، وفي بيان مقدار الواجب.

أما الأول: فسبب وجوب الضمان في هذا الباب إتلاف المال أو النفس بالشهادة؛

لأن الضمان في الشرع إنما يجب إما بالالتزام أو بالإتلاف، ولم يوجد الالتزام فيتعين الإتلاف فيها سببا لوجوب الضمان، فإن وقعت إتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان وإلا فلا.[٣]

وعلىٰ هذا يخرج ما إذا شهدا علىٰ رجل بألف، وقضىٰ القاضي بشهادتهما، ثم رجعا أنهما يضمنان الألف؛ لأنهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضاء تبين أن شهادتهما وقعت سببا إلىٰ الإتلاف في حق المشهود عليه، والتسبب إلىٰ الإتلاف بمنزلة المباشرة في حق سببه وجوب الضمان.

---

١) الدر المختار ٥/ ٥٠

٢) رد المحتار ٦/ ٥٠

٣) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٧٨

الثاني: أن الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له، لجواز أن المشهود عليه غره بمال أو غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعي في دعواه فلم يصدق في الرجوع في حق المشهود له للتهمة، إذ التهمة كما تمنع قبول الشهادة تمنع صحة الرجوع عن الشهادة، فلم يصح الرجوع في حقه فلم ينقض القضاء، ولا يسترد المدعىٰ من يده، ومعنىٰ التهمة لا يتوهم في المشهود عليه فصح الرجوع في حقه، إلا أنه لا يمكن إظهار الصحة في نقض القضاء والتوصل إلىٰ عين المشهود به، فيظهر في التوصل إلىٰ بدله رعاية للجوانب كلها.[1]

وإذا رجعا قبل القضاء لا يضمنان؛ لأن الشهادة لا تصير حجة إلا بالقضاء، فلا تقع تسبيبا إلىٰ الإتلاف بدونه، وعلىٰ هذا إذا شهدا علىٰ رجل أنه طلق امرأته فقضىٰ القاضي بشهادتهما، ثم رجعا، إن كان الطلاق بعد الدخول بأن كان الزوج مقرا بالدخول: لا ضمان عليهما لانعدام الإتلاف؛ لأن المهر يجب بنفس العقد، ويتأكد بالدخول لا بشهادتهما فلم تقع شهادتهما إتلافا، فلم يجب الضمان، وإن كان الطلاق قبل الدخول فقضىٰ القاضي بنصف المهر بأن كان المهر مسمىٰ ثم رجعا: ضمنا ذلك للزوج؛ لأن شهادتهما وإن لم توجب علىٰ الزوج شيئا من المهر، لكنها أكدت الواجب لأن الواجب قبل الدخول كان محتملا للسقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تأكد الواجب عليه علىٰ وجه لا يحتمل السقوط بعده أصلا، فصارت شهادتهما مؤكدة للواجب، والمؤكد للواجب بمنزلة الواجب في الشرع.[2]

مقدار الواجب من الضمان:

الأصل أن مقدار الواجب منه علىٰ قدر الإتلاف؛ لأن سبب الوجوب هو

---

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٨٠

٢) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٨١

الإتلاف، والحكم يتقدر بقدر العلة، والعبرة فيه لبقاء من بقي من الشهود بعد رجوع من رجع منهم، فإن بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق كله فلا ضمان علىٰ أحد لانعدام الإتلاف أصلا من أحد، وإن بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب علىٰ الراجعين ضمان قدر التالف بالحصص.[1]

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٣٩٦

المبحث الثاني عشر
الاختلاف في الشهادة

قال الحنفية: الشهادة إن وافقت الدعوىٰ قبلت وإلا لا؛ لأن تقدم الدعوىٰ في حق العبد شرط لقبول الشهادة؛ لأن القاضي إنما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر إلىٰ سبق أحد الشيئين بعد الدعوىٰ أما الشهادة أو اليمين وقد وجد تقدم الدعوىٰ فيما إذا وافقت الشهادة الدعوىٰ فأمكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما إذا خالفتها فلم يمكن القضاء بها وهذا؛ لأن الشهادة لأجل تصديق الدعوىٰ، فإذا خالفتها فقد كذبتها، والدعوىٰ الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوىٰ فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالىٰ؛ لأن الدعوىٰ فيها ليست بشرط؛ لأن إقامة حقوق الله تعالىٰ واجبة علىٰ كل أحد فكان كل واحد خصما في إثباته فصار كأن الدعوىٰ موجودة ولأنه تعالىٰ لما أمر بإقامتها كان طالبا لها فلم يبق إلا إقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوىٰ إذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم علىٰ استيفائها.[1]

وعند أبي حنيفة: يعتبر اتّفاق الشّاهدين في اللّفظ والمعنىٰ وذهب صاحباه أبو يوسف ومحمّد: إلىٰ أنّ الاتّفاق في المعنىٰ هو المعتبر.[2]

---

١) تبيين الحقائق ١٢/ ٣٠٨ والبحر الرائق ٧/ ١٧٤

٢) تبيين الحقائق ١٢/ ٣٠٨



المبحث الثالث عشر
شهادة الزور

شهادة الزّور: مركّب إضافيّ يتكوّن من كلمتين هما: الشّهادة، والزّور.

أمّا الشّهادة في اللّغة، فمن معانيها: البيان، والإظهار، والحضور، ومستندها المشاهدة إمّا بالبصر أو بالبصيرة.

وأمّا الزّور فهو الكذب والباطل، وقيل: هو شهادة الباطل، يقال: رجل زور وقوم زور: أي مموّه بكذب.

وشهادة الزّور عند الفقهاء: هي الشّهادة بالكذب ليتوصّل بها إلىٰ الباطل من إتلاف نفس، أو أخذ مال، أو تحليل حرام أو تحريم حلال.

الحكم التّكليفيّ:

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ شهادة الزّور من أكبر الكبائر وأنّها محرّمة شرعـًا، قد نهىٰ اللّه تعالىٰ عنها في كتابه مع نهيه عن الأوثان فقال اللّه تعالىٰ: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُوا۟ قَوْلَ ٱلزُّورِ ﴿٣٠﴾﴾[الحج] وقد روي عن خريم بن فاتك الأسديّ: «أنّ النّبيّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صلّىٰ صلاة الصّبح فلمّا انصرف قام قائمـًا، فقال: عدلت شهادة الزّور الإشراك باللّه ثلاث مرّات.[١] ثمّ تلا هذه الآية: ﴿وَٱجْتَنِبُوا۟ قَوْلَ ٱلزُّورِ ﴿٣٠﴾ حُنَفَآءَ لِلَّهِ غَيْرَ مُشْرِكِينَ بِهِۦ﴾[الحج: ٣٠- ٣١].

وروىٰ أبو بكرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ عن النّبيّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنّه قال: «ألا أنبّئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا: بلىٰ يا رسول اللّه، قال ثلاثـًا: الإشراك باللّه، وعقوق الوالدين -وكان متّكئـًا- فقال: ألا وقول الزّور، وشهادة الزّور، ألا وقول الزّور، وشهادة الزّور فما زال يقولها حتّىٰ قلت: لا يسكت».[٢]

---

١) مسند أحمد بن حنبل ٤ / ٣٢١ رقم ١٨٩١٨ والمعجم الكبير ٤ / ٢٠٩ رقم ٤١٦٢

٢) صحيح البخاري ٢ / ٩٣٩ رقم ٢٥١١ والأدب المفرد ١ / ١٩رقم ١٥

وروي عن ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا عن النّبيّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنّه قال: «لن تزول قدما شاهد الزّور حتّىٰ يوجب اللّه له النّار».[١]

إثبات شهادة الزّور:

ذهب جمهور الفقهاء: إلىٰ أنّ شهادة الزّور لا تثبت إلاّ بالإقرار، فلا تثبت بالبيّنة، لأنّها نفي لشهادته، والبيّنة حجّة للإثبات دون النّفي، وقد تعارضت البيّنتان فلا يعزّر في تعارض البيّنتين، أو ظهور فسقه أو غلطه في الشّهادة، لأنّ الفسق لا يمنع الصّدق، والتّعارض لا يعلم به كذب إحدىٰ البيّنتين بعينها، والغلط قد يعرض للصّادق العدل ولا يتعمّده فيعفىٰ عنه. وقد قال اللّه تعالىٰ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[الأحزاب: ٥].

قال الشّيرازيّ من الشّافعيّة: تثبت شهادة الزّور من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقرّ أنّه شاهد زور.

الثّاني: أن تقوم البيّنة أنّه شاهد زور.

الثّالث: أن يشهد ما يقطع بكذبه.[٢]

عقوبة شاهد الزّور:

إذا ثبت ذلك بالبيّنة فعليه العقوبة سواء أكان ذلك قبل الحكم أم بعده.

ماهية هذه العقوبة:

لمّا كانت الشّريعة لم تقدّر عقوبةً محدّدةً لشاهد الزّور فإنّ هذه العقوبة هي التّعزير، وقد اختلف الفقهاء في عقوبة شاهد الزّور من حيث تفصيلات هذه العقوبة لا من حيث مبدأ عقاب شاهد الزّور بالتّعزير، إذ أنّه لا خلاف عند الفقهاء في تعزيره

---

١) سنن ابن ماجه ٢ / ٧٩٤ رقم ٢٣٧٣

٢) المهذب ٤/ ٤٤٦



إذا ثبت عند الحاكم عن رجل أنّه شهد بزور عمداً عزّره وجوباً وشهّر به، روي ذلك عن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ وبه قال شريح وسالم بن عبدالله والأوزاعيّ وابن أبي ليلىٰ.

واختلفوا في كيفيّة التّعزير:

قال الشّافعيّة والحنابلة وبعض المالكيّة: تأديب شاهد الزّور مفوّض إلىٰ رأي الحاكم إن رأىٰ تعزيره بالجلد جلده، وإن رأىٰ أن يحبسه، أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك، ولا يزيد في جلده علىٰ عشر جلدات، وقال الشّافعيّ: لا يبلغ بالتّعزير أربعين سوطاً.(١)

وأمّا كيفيّة التّشهير به بين النّاس: فإنّ الحاكم يوقفه في السّوق إن كان من أهل السّوق، أو محلّة قبيلته إن كان من أهل القبائل، أو في مسجده إن كان من أهل المساجد، ويقول الموكّل به: إنّ الحاكم يقرأ عليكم السّلام ويقول: هذا شاهد زور فاعرفوه.(٢)

وقال أبو يوسف ومحمّد وبعض المالكيّة: إذا ثبت عند القاضي أو الحاكم عن رجل أنّه شهد بالزّور عوقب بالسّجن والضّرب، ويطاف به في المجالس، لما روي عن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنّه ضرب شاهد زور أربعين سوطاً وسخّم وجهه.(٣)

وقال أبو حنيفة: إذا أقرّ الشّاهد أنّه شهد زوراً: يشهّر به في الأسواق إن كان سوقيّاً، أو بين قومه إن كان غير سوقيّ، وذلك بعد صلاة العصر في مكان تجمّع النّاس، ويقول المرسل معه: إنّا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وحذّروه النّاس، ولا يعزّر بالضّرب أو الحبس، لأنّ شريحاً كان يشهّر شاهد الزّور ولا يعزّره، ولأنّ المقصود هو التّوصّل إلىٰ الانزجار، وهو يحصل بالتّشهير، بل ربّما يكون أعظم عند

---

١) المغني ٢٣/ ٣٥٧ والشرح الكبير ١٢/ ١٣١

٢) أسنىٰ المطالب ٧/ ١٣٤ والحاوي ١٦/ ٣١٩ والشرح الكبير ١٢/ ١٣٢

٣) رد المحتار ٤/ ٢٥٢

النّاس من الضّرب، فيكتفىٰ به، والضّرب وإن كان مبالغةً في الزّجر لكنّه يقع مانعـًا عن الرّجوع فوجب التّخفيف نظراً إلىٰ هذا الوجه.[١]

القضاء بشهادة الزّور:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة، وأبو يوسف ومحمّد وزفر من الحنفيّة وإسحاق وأبو ثور: إلىٰ أنّ قضاء الحاكم بشهادة الزّور ينفذ ظاهراً لا باطنـًا، لأنّ شهادة الزّور حجّة ظاهراً لا باطنـًا فينفذ القضاء كذلك لأنّ القضاء ينفذ بقدر الحجّة، ولا يزيل شيئـًا عن صفته الشّرعيّة، سواء العقود من النّكاح وغيره والفسوخ، فلا يحلّ للمقضيّ له بشهادة الزّور ما حكم له به من مال أو بضع أو غيرهما[٢] لقوله صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنّما أنا بشر، وإنّكم تختصمون إليّ ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجّته من بعض، فأقضي له علىٰ نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حقّ أخيه شيئـًا فلا يأخذه فإنّما أقطع له قطعةً من النّار».[٣]

وقال أبو حنيفة وأحمد في رواية: ينفذ قضاء بشهادة الزّور ظاهراً وباطنـًا في العقود والفسوخ حيث كان المحلّ قابلاً، والقاضي غير عالم بزورهم، لقول عليّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ لامرأة أقام عليها رجل بيّنةً علىٰ أنّه تزوّجها، فأنكرت فقضىٰ له عليّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فقالت له: لم تزوّجني؟ أما وقد قضيت عليّ فجدّد نكاحي، فقال: لا أجدّد نكاحك، الشّاهدان زوّجاك، فلو لم ينعقد النّكاح بينهما باطنـًا بالقضاء لما امتنع من

١) تبيين الحقائق ١٢/ ٣٦٦ والعناية شرح الهداية ١١/ ٣٣ ودرر الحكام شرح غرر الأحكام ٨/ ٣٠٣

٢) أنوار البروق في أنواع الفروق ٧/ ١٥٢ وتحفة المحتاج ٤٣/ ١٢٩ ومغني المحتاج ١٩/ ١٧٨ وأسنىٰ المطالب ٢٢/ ٢٢٧ ودرر الحكام شرح غرر الأحكام ٨/ ٣٨٩ ومطالب أولي النهىٰ ١٩/ ٤٠٣ وكشاف القناع ٢٢/ ٢١٣ وشرح منتهىٰ الإرادات ١٢/ ٢٣٤

٣) صحيح البخاري ٦ / ٢٥٥٥ رقم ٦٥٦٦ وصحيح ابن حبان ١١ / ٤٥٩ رقم ٥٠٧٠ ومسند الشافعي ١ / ١٥٠ رقم ٧٢٨

تجديد العقد عند طلبها.[١]

أمّا في الأملاك المرسلة -أي الّتي لم يذكر لها سبب معيّن- فإنّ الفقهاء أجمعوا علىٰ أنّه ينفذ ظاهراً لا باطنـًا، لأنّ الملك لا بدّ له من سبب وليس بعض الأسباب بأولىٰ من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السّبب سابقـًا علىٰ القضاء بطريق الاقتضاء.[٢]

تضمين شهود الزّور:

متىٰ علم أنّ الشّهود شهدوا بالزّور، تبيّن أنّ الحكم كان باطلاً، ولزم نقضه وبطلان ما حكم به، ويضمن شهود الزّور ما ترتّب علىٰ شهادتهم من ضمان. فإن كان المحكوم به مالاً: ردّ إلىٰ صاحبه، وإن كان إتلافـًا: فعلىٰ الشّهود ضمانه، لأنّهم سبب إتلافه.

ذهب الشّافعيّة والحنابلة وأشهب من المالكيّة: إلىٰ وجوب القصاص علىٰ شهود الزّور إذا شهدوا علىٰ رجل بما يوجب قتله، كأن شهدوا عليه بقتل عمد عدوان أو بردّة أو بزنىً وهو محصن، فقتل الرّجل بشهادتهما، ثمّ رجعا وأقرّا بتعمّد قتله، وقالا: تعمّدنا الشّهادة عليه بالزّور ليقتل أو يقطع: فيجب القصاص عليهما، لتعمّد القتل بتزوير الشّهادة، لما روىٰ الشّعبيّ: أنّ رجلين شهدا عند عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ علىٰ رجل بالسّرقة فقطعه ثمّ عادا فقالا: أخطأنا، ليس هذا هو السّارق، فقال عليّ: لو علمت أنّكما تعمّدتما لقطعتكما[٣] ولا مخالف له في الصّحابة فيكون إجماعـًا، وإنّهما تسبّبا إلىٰ قتله أو قطعه بما يفضي إليه غالبـًا فلزمهما كالمكره. وبه قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلىٰ، والأوزاعيّ، وأبو عبيد.[٤]

---

١) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٨/ ٣٨٩وفتح باب العناية بشرح النقاية ٥/ ٣٩٤
٢) تبيين الحقائق ٥/ ٢٩٣والعناية شرح الهداية ٤/ ٣٩٨
٣) صحيح البخاري ١٩/ ٤١
٤) روضة الطالبين ٣/ ٣١٣ وكفاية الاخيار ٢/ ١٤١

وكذلك الحكم إذا شهدوا زوراً بما يوجب القطع قصاصـًا، فقطع أو في سرقة لزمهما القطع، وإذا سرىٰ أثر القطع إلىٰ النّفس فعليهما القصاص في النّفس، كما يجب القصاص علىٰ القاضي إذا قضىٰ زوراً بالقصاص، وكان يعلم بكذب الشّهود.

توبة شاهد الزّور:

ذهب الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلة وأبو ثور: إلىٰ أنّه إذا تاب شاهد الزّور وأتت علىٰ ذلك مدّة تظهر فيها توبته، وتبيّن صدقه فيها وعدالته، قبلت شهادته. لقوله تعالىٰ: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ ﴾[آل عمران: ٨٩] ولأنّ النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ قال: «التّائب من الذّنب كمن لا ذنب له»(١) ولأنّه تائب من ذنبه، فقبلت توبته كسائر التّائبين ومدّة ظهور التّوبة عندهم سنة، لأنّه لا تظهر صحّة التّوبة في مدّة قريبة، فكانت أولىٰ المدد بالتّقدير سنةً، لأنّه تمرّ فيها الفصول الأربعة الّتي تهيج فيها الطّبائع وتتغيّر فيها الأحوال.(٢)

وقال البابرتيّ من الحنفيّة: مدّة ظهور التّوبة عند بعض الحنفيّة ستّة أشهر، ثمّ قال: والصّحيح أنّه مفوّض إلىٰ رأي القاضي.(٣)

---

١) سنن ابن ماجه ٢/ ١٤١٩ رقم ٤٢٥٠ والمعجم الكبير ١٠/ ١٥٠ رقم ١٠٢٨١

٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٨/ ٣٠٤ وتحفة المحتاج ٤٤/ ٩٧ والحاوي ١٦/ ٣٢١

٣) رد المحتار ٦/ ٢٠ والعناية شرح الهداية ١١/ ٣٦

المبحث الرابع عشر
شهادة الحسبة

يقصد بها أن يؤدّي الشّاهد شهادةً تحمّلها ابتداءً لا بطلب طالب ولا بتقدّم دعوىٰ، ومعنىٰ (حسبةً) أي احتساباً لوجه اللّه تعالىٰ.

والحسبة ولاية شرعيّة، ووظيفة دينيّة تلي في المرتبة وظيفة القضاء، إذ إنّ ولايات رفع المظالم عن النّاس علىٰ العموم علىٰ ثلاث مراتب: أسماها وأقواها ولاية المظالم، وتليها ولاية القضاء، وتليها ولاية الحسبة.

والحسبة من الخطط الدّينيّة الشّرعيّة كالصّلاة والفتيا والقضاء والجهاد، وقد جمع بعض العلماء الولايات الشّرعيّة في عشرين ولاية، أعلاها الخلافة العامّة، والبقيّة كلّها مندرجة تحتها، وهي الأصل الجامع لها، وكلّها متفرّعة عنها، وداخلة فيها، لعموم نظر الإمام في سائر أحوال الأمّة الدّينيّة والدّنيويّة، وتنفيذ أحكام الشّرع فيها علىٰ العموم، وقد عني الأئمّة بولاية الحسبة عناية كبيرة، ووضعوا فيها المؤلّفات مفصّلين أحكامها ومراتبها، وأركانها، وشرائطها، وتأصيل مسائلها، ووضع القواعد في مهمّاتها.

إذا كان المدّعىٰ به من حقوق العباد فلا تتحقّق الدّعوىٰ بغير الطّلب من مدّع معيّن كما هو الأصل. أمّا إذا كان من حقوق اللّه تعالىٰ كالحدود والتّعدّي علىٰ ما يرجع منافعه للعامّة، فلا تحتاج إلىٰ مدّع خاصّ، وتقبل فيها شهادة الحسبة. (أي: للأجر لا لإجابة مدّع) مع مراعاة طرق الإثبات الخاصّة بها حسب تنوّع موضوعاتها.

قال الأتاسيّ في شرح مجلة الاحكام العدلية: لأنّ ثبوت حقوقهم يتوقّف علىٰ مطالبتهم، ولو بالتّوكيل. بخلاف حقوق اللّه تعالىٰ، حيث لا يشترط فيها الدّعوىٰ، لأنّ إقامة حقوق اللّه تعالىٰ واجبة علىٰ كلّ أحد، فكلّ أحد خصم في إثباتها، فصار كأنّ الدّعوىٰ موجودة.

وفي موضع آخر قال: ينتصب أحد العامّة خصماً عن الباقين من العامّة في المحالّ الّتي منفعتها عائدة إلىٰ العموم. ثمّ قال نقلاً عن جامع الفصولين: بنىٰ حائطاً علىٰ الفرات واتّخذ عليه رحًىٰ، أو بنىٰ في طريق العامّة، فخاصمه أحد يقضىٰ عليه بهدمه.(١)

وذكر في الدّرّ في بحث الشّهادة: والّذي تقبل فيه الشّهادة حسبةً بدون الدّعوىٰ أربعة عشر. قال ابن عابدين: هي الوقف للفقراء أو للمسجد ونحوه (أي للعامّة)، وطلاق الزّوجة، وتعليق طلاقها، وحرّيّة الأمة وتدبيرها، والخلع، وهلال رمضان، والنّسب، وحدّ الزّنىٰ، وحدّ الشّرب، والإيلاء، والظّهار، وحرمة المصاهرة، ودعوىٰ المولىٰ نسب العبد، والشّهادة بالرّضاع. (٢)

ثمّ قال: ولا يخفىٰ أنّ شاهد الحسبة لا بدّ أن يدّعي ما يشهد به إن لم يوجد مدّع آخر. وعلىٰ هذا فكلّ ما تعتبر فيه الشّهادة حسبةً يصدق عليه أنّه تقبل فيه الدّعوىٰ حسبةً.(٣)

شروط إقامة دعوى الحسبة في الفقه الإسلامي:

لإقامة دعوىٰ الحسبة شروط يجب توفرها وهذه الشروط هي:

١. أن يكون المدعىٰ به معلوماً؛ لأن الغرض من الحكم الإلزام، والإلزام لا يكون إلا بمعلوم.
٢. أن تكون الدعوىٰ في حق الله تعالىٰ كعدة وحد وردة، وبكل حق لآدمي غير معين وإن لم يطلبه مستحقه كالوقف علىٰ الفقراء أو علىٰ مسجد.
٣. كون طرفا الدعوىٰ بالغين عاقلين.

---

١) جامع الفصولين ٢/ ١٤٤
٢) الدر المختار ٤/ ٦٠٨
٣) شرح القواعد الفقهية، الشيخ مصطفىٰ الزرقا ١/ ٢٣٠

٤. أن تكون الدعوىٰ متحققة، فلو قال المدعي: أظن أو أشك لم تسمع الدعوىٰ.

٥. أن تكون الدعوىٰ ملزمة، أما لو كانت الدعوىٰ بشيء يكون المدعىٰ عليه فيها مخيراً بين إلزامه وعدمه فإن الدعوىٰ هنا غير صحيحة.

٦. أن تكون الدعوىٰ بشيء يحتمل الثبوت، بمعنىٰ أن يكون مما يتصور ثبوته عقلا أو عادة.

٧. أن تكون الدعوىٰ مما يتعلق بها حكم، أو غرض صحيح.

٨. أن تكون الدعوىٰ في مجلس القضاء؛ لأن الغرض من الدعوىٰ الإلزام، والإلزام لا يكون إلا في مجلس القضاء.

٩. أن يكون المدعىٰ عليه معينـًا، بأن كان واحداً أو جمعـًا ونحو ذلك.

كيفية أداء الشهادة:

وضح قانون أصول المحاكمات الشرعية ذلك علىٰ النحو التالي:

أولا ١:- للمحكمة في أي دور من أدوار الدعوىٰ أن تلقي علىٰ الشاهد ما تراه ملائمـًا من الأسئلة كما لها في أي وقت أن تستدعي أي شاهد سمعت شهادته من قبل لاستجوابه ثانية.

٢-للخصوم حق مناقشة الشهود مباشرة ويبدأ الذي استدعاهم ثم يليه الطرف الآخر وللطرف الأول حق المناقشة ثانية ضمن النقاط التي أثارها الخصم فقط ويشترط في ذلك ان لا يخرج الاستجواب والمناقشة عن موضوع الدعوىٰ ولا يقصد به التلقين، وإذا تغير مجلس القاضي أعادت المحكمة تحليف الشاهد.

٣- تؤدىٰ الشهادة شفاهـًا ولا يجوز الاستعانة بمذكرة مكتوبة إلَا فيما يصعب استظهاره ومن لا قدرة له علىٰ الكلام يؤدي الشهادة بالكتابة أو الإشارة إذا كانت تبين مراده.

٤- إذا كان من الضروري سماع شهادة شاهد تعذر حضوره لسبب اقتنعت به المحكمة فتؤخذ شهادته بحضور الطرفين في محل إقامته أو في غرفة القضاة أوفي محل آخر تراه مناسباً أو تنيب أحد قضاتها في ذلك والشهادة التي تسمع علىٰ هذا الوجه تتلىٰ أثناء النظر في الدعوىٰ.[1]

ثانيا: علىٰ كاتب المحكمة أن يدون في الضبط تحت إشراف القاضي أقوال الفرقاء وشهادة كل شاهد حسب روايتها ويجب علىٰ القاضي وكاتب المحكمة والطرفين أن يوقعوا علىٰ كل صفحة منه حيث انتهت الكتابة وإذا امتنع الطرفان أو أحدهما عن التوقيع تدون المحكمة ذلك في المحضر.[2]

ثالثا: يجوز استماع شهادة الشهود المقيمين خارج دائرة قضاء المحكمة بإنابة قاضي المحل الموجودين فيه لاستماع شهاداتهم وحينئذ يرسل القاضي كتاب الإنابة متضمناً أسماء الشهود وهويتهم والجهات والخصوصات التي يشهدون بها مع بيان أن المدعي قد استعد لإحضارهم إلىٰ المحكمة المنابة بنفسه أو بواسطة المحكمة المذكورة خلال المدة التي تعينها له المحكمة المنابة بعد دفع النفقات التي يقررها القاضي المناب للشهود عملاً بالمادة (٦٠) من هذا القانون ويشترط في ذلك أن توكيل الطرفين أو أحدهما في هذه الحالة وأمثالها يكفي أن يدون في المحضر ولا يكون خاضعاً لقيود التوكيل المنصوص عليها في المادة السادسة من قانون المحامين الشرعيين رقم ١٢/ ٥٢ ولا تابعاً للرسم ويشمل هذا الاستثناء التفويض الوارد في المادة (٣٥) من هذا القانون.[3]

---

١) المادة (٦٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) المادة (٦٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٣) المادة (٦٩) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

رابعا: علىٰ القاضي المناب أن يبلغ الطرفين ايضاً الموعد المقرر من قبله لسماع الشهادة حسب المادة (٦٩) السابقة ويسمع شهادات الشهود حسب البيانات المرسلة إليه بحضور المدعي أو وكيله ولو لم يحضر المدعىٰ عليه وفور انتهاء الإجراءات يختم ورقة الضبط ويوقعها بإمضائه ويرسلها إلىٰ القاضي المنيب.[١]

خامسا: يترتب علىٰ رئيس المحكمة او القاضي أن يأمر بتدوين كل ما يطلبه أو يعرضه أي فريق من الفرقاء أثناء استماع الدعوىٰ وخلال الإجراءات المتخذة فيها إلَا إذا كان المطلوب تدوينه لا علاقة له بالقضية وحينئذ يحق للفريق الذي يعنيه الأمر أن يقدم لائحة مستقلة يدوِن فيها ما يريد ضمه إلىٰ ضبط القضية وفي هذه الحالة لا يحق للمحكمة رفض الطلب.[٢]

سادسا: علىٰ أنه اذا كانت الدعاوىٰ المالية مستندة الىٰ سند فلا تقبل البينة الشخصية لدفعها ويستثنىٰ من ذلك الدفع الذي يقدمه أحد الزوجين ضد الاخر.[٣]

---

١) المادة (٧٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) المادة (٥٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٣) المادة (٨٩) من قانون أصول المحاكمات الشرعية




الفصل الثالث

الحكم باليمين




المبحث الأول
تعريف اليمين في اللغة والاصطلاح

أولا: تعريف اليمين في اللغة

تُطلق علىٰ معانٍ؛ منها: القوة والقدرة، ثم أُطْلِقت علىٰ اليد اليمنىٰ والحلف، وسُمِّي الحلف بالله يمينًا؛ لأن به يتقوَّىٰ أحد طرفي الخصومة.

وسمي القسم يمينا لأنهم كانوا يتماسحون بأيمانهم حالة التحالف وقد يسمىٰ المحلوف عليه يمينا لتلبسه بها ومنها الحديث «من حلف علىٰ يمين فرأىٰ غيرها خيرا منها»[١] وهي مؤنثة في جميع المعاني.[٢]

ثانيا: تعريف اليمين في الاصطلاح

اليمين: هي الحلف بالله، أو باسم من أسمائه، أو بصفة من صفاته.

قال ابن عرفة: اليمين يطلق علىٰ القسم وعلىٰ التزام.[٣]

وهي توكيد القول بذكر معظم علىٰ وجه مخصوص، كقولك: أقسمت بالله لا فعلن.[٤]

---

١) صحيح مسلم ٣/ ١٢٧١ رقم ١٦٥٠

٢) المغرب في ترتيب المعرب ٥/ ٤٩٦

٣) شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٥٤

٤) معجم لغة الفقهاء ١/ ٩٩

المبحث الثاني

ماهية الحكم باليمين

اتفق الفقهاء: علىٰ أنَّ اليمين أحد الطرق المستعملة في القضاء، وأنها تَقطع الخصومة في الجملة. وأنَّ اليمين لا توجَّه إلاَّ بعد دعوىٰ صحيحة، وأنَّ اليمين تكون بالله تعالىٰ، وأنها توجَّه في مجلس القضاء من القاضي.

كما اتفق فقهاء المذاهب: علىٰ أنَّ التحليف يكون في المال، وما يَؤول إلىٰ المال، واختَلفوا في دخول اليمين في النكاح والرَّجعة والإيلاء والنَّسب ونحوها علىٰ النحو الآتي:

ذهب أبو حنيفة: إلىٰ أنه لا يكون اليمين في النكاح.[١]

كما اتفق الفقهاء: علىٰ أنَّ اليمين تَبطل بها دعوىٰ المدَّعي علىٰ المدَّعىٰ عليه؛ أي: إنها تَقطع الخصومة في الحال، لكنَّهم اختلفوا في انقطاع الخصومة مُطلقًا باليمين، علىٰ معنىٰ أنه إذا حَلَف المدَّعىٰ عليه اليمين، هل للمدَّعي أن يعودَ إلىٰ دعواه إذا وجَد بيِّنة؟

قال الحنفية: أما الاستحلاف علىٰ الحقوق فإنه لا يستحق به شيء، وإنما تقطع الخصومة في الحال ويبقىٰ المدعىٰ عليه علىٰ ما كان عليه من براءة الذمة[٢] وتوجيه اليمين يكون من القاضي بطلب المدَّعي، أو مَن يقوم مقامَه؛ ولذا لا عِبرة باليمين التي يَحلفها المدَّعىٰ عليه في مجلس القضاء، قبل أن يَطلبها منه القاضي.

كما أن التحليف علىٰ فِعل النفس يكون علىٰ البَتات؛ أي: القطع بأنه ليس كذلك، كما لو ادُّعِي علىٰ زيد أنَّ في ذِمَّته مالاً للمدَّعي، فإن المدَّعىٰ عليه زيد هنا يَحلف علىٰ القطع؛ أي: يَحلف بالله تعالىٰ إنه ليس للمدَّعي في ذِمَّتي المال الذي

---

١) فتاوىٰ قاضي خان ٢/ ٢٥٢

٢) أحكام القرآن للجصاص ٨/ ١٢١

يَدَّعيه.

وأمَّا التحليف علىٰ فِعل الغير، فيكون علىٰ العلم، كما لو ادَّعىٰ زيد علىٰ خالد، مطالبًا بأرض يدَّعي أنَّ أبا خالد اغتصَبها منه، وليس لدىٰ المدَّعي بيِّنة، فهنا يَحلف خالد علىٰ أنه لا يعلم أن أباه اغتصَب الأرض من زيد.(١)

وقد ورَد نحو هذا في عهد النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ عن الأشعث بن قيس رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ «أنَّ رجلاً من كندة ورجلاً من حضرموت اختصَما إلىٰ النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ في أرض من اليمن، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إنَّ أرضي اغتصَبْنِيها أبو هذا وهي في يده، قال: هل لك بيِّنة؟ قال: لا، ولكن أُحَلِّفه، والله ما يعلم أنها أرضي اغتَصَبْنِيها أبوه».(٢)

---

١) تبيين الحقائق ١٠/٤٠٦ والعناية شرح الهداية ٩/ ٦٥ وفتح القدير شرح الهداية ١٨/ ٤٣٤ وجامع الفصولين ١/ ١١٤

٢) سنن أبي داود ٢ / ٢٤٠ رقم ٣٢٤٤ قال الالباني: صحيح

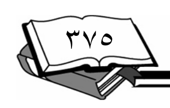
المبحث الثالث

هل يسوغ افتداء اليمين والمصالحة عليها؟

قال أهل العلم: يَصِح للمدَّعىٰ عليه افتداء اليمين، والصلح عنها؛ لِما رُوِي أنَّ عثمان رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ افتدىٰ يمينه، وقال: خِفتُ أن تصادفَ قدرًا، فيقال: حَلَف فعُوقِب، أو هذا شؤمُ يمينه.[1]

وإذا افتدىٰ المدَّعىٰ عليه يمينه، فلا يَحلف بعده أبدًا؛ لأنه أسقَط حقَّه في الخصومة، ولأن كرام الناس يترفَّعون عن الحلف تورُّعًا.

١) تكملة حاشية رد المحتار ٢/ ٣٧٧ومعين الحكام ٢/ ٨٤



المبحث الرابع
حكم اليمين

تشرع اليمين في دعوىٰ حقوق الآدميين خاصة، فهي التي يُستحلف فيها، أما حقوق الله تعالىٰ كالعبادات والحدود فلا يُستحلف فيها، فلا يُستحلف إذا قال دفعت زكاة مالي، أو صليت ونحوهما، ولا يستحلف منكر لحد من حدود الله كالزنا وشرب الخمر؛ لأنه يستحب سترها، والتعريض بالرجوع عنها.

وإذا عجز المدعي بحق علىٰ آخر عن البينة، وأنكر المدعىٰ عليه، فليس له إلا يمين المدعىٰ عليه، وهذا خاص في الأموال والحقوق، ولا يجوز في دعوىٰ القصاص والحدود.

قال الله تعالىٰ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾[المائدة: ٨٩].

عن ابن أبي مليكة: أن امرأتين كانتا تخرزان في بيت أو في الحجرة فخرجت إحداهما وقد أنفذ بإشفىٰ في كفها فادعت علىٰ الأخرىٰ فرفع أمرهما إلىٰ ابن عباس فقال ابن عباس رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا: قال رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم» ذكروها بالله واقرؤوا عليها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾[آل عمران: ٧٧] فذكروها فاعترفت فقال ابن عباس قال النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «اليمين علىٰ المدعىٰ عليه».(١)

عن الاشعث بن قيس قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا الىٰ رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فقال: شاهداك أو يمينه».(٢)

---

١) صحيح البخاري ٤ / ١٦٥٦ رقم ٤٢٧٧ وصحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ رقم ١٧١١

٢) صحيح البخاري ٢ / ٨٨٩ رقم ٢٣٨٠ وصحيح مسلم ١ / ١٢٢ رقم ١٣٨

المبحث الخامس
النية في اليمين

اليمين لها حالتان:

الأولىٰ: اليمين الموجهة من القاضي لفصل الخصومة والنزاع تكون علىٰ نية المستحلِف وهو القاضي، فلا يصح فيها التورية أو الاستثناء.(١)

قال المالكية: فإنهم اتفقوا علىٰ أن اليمين علىٰ نية المستحلف في الدعاوىٰ.(٢)

قال الشافعية: وتعتبر في الحلف نية القاضي المستحلف للخصم، سواء أكان موافقا للقاضي في مذهبه أم لا.(٣)

الثانية: إذا حلف الإنسان باختياره، أو طلبها شخص منه دون أن يكون له عليه حق اليمين، فهذه تكون علىٰ نية الحالف في كل الأحوال، ويجوز للحالف التورية في يمينه، وله نيته.

فعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «يمينك علىٰ ما يصدقك عليه صاحبك». وقال عمرو «يصدقك به صاحبك».(٤)

---

١) عمدة القاري ٤٥/ ٤٥٩ وشرح النووي علىٰ مسلم ٦/ ٤٦ والمنتقىٰ شرح الموطأ ٣/ ٩٦ ورد المحتار ٤/ ٩٣ وبدائع الصنائع ٦ / ٢٦١ وبداية المجتهد ١/ ٣٣٤

٢) بداية المجتهد ١/ ٣٣٤

٣) مغني المحتاج ٢٠/ ٧٥

٤) صحيح مسلم ٣ / ١٢٧٤ رقم ١٦٥٣

المبحث السادس

صيغة اليمين وشروطه وصفته

أولا: صيغة اليمين أن يقول الحالف

والله، أو وبالله، أو تالله، أو ورب العالمين، أو والحي الذي لا يموت ونحو ذلك من أسماء الله عز وجل، وهي التي يُحلف بها غالبًا.

أو يحلف بصفة من صفات الله عز وجل فيقول الحالف: وعظمة الله، أو وعزة الله، أو ورحمة الله، أو وقدرة الله، أو وكبريائه، أو وكلامه، أو ومشيئته ونحو ذلك.

أو يحلف بكتاب الله، أو القرآن، أو المصحف، أو يحلف بالتوراة والإنجيل والزبور؛ لأنها كلام الله عز وجل، وكلامه سبحانه صفة من صفاته.

ثانيا: شروط اليمين

يشترط في اليمين في مجلس القضاء ما يلي:

١-أن يكون الحالف بالغًا عاقلاً مختاراً.

٢-أن يكون المدعىٰ عليه منكراً حق المدعي.

٣-أن يطلب الخصم اليمين من القاضي، فيطلبها القاضي من الخصم.

٤-ألا تكون في الحقوق الخالصة لله كالعبادات والحدود.

٥-أن تكون في الحقوق التي يجوز الإقرار بها.

٦-أن يعجز المدعي عن إحضار البينة.

ثالثا: صفة اليمين

اليمين تقطع الخصومة ولا تُسقط الحق، فمن حكم له القاضي بحق غيره فلا يحل له، وهو عليه حرام.[1]

---

١) كشاف القناع ٢٣/ ١٦٩ والإنصاف ١٧/ ٤٠٦

ويجوز للقاضي أن يُحَلِّف المدعىٰ عليه، أو يُحَلِّف المدعي، حسب ما يراه.[١]

واليمين مشروعة في أقوىٰ الجانبين؛ لأن الأصل براءة الذمة إلا ببينة، فإذا لم تكن اكتفىٰ منه باليمين.

عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه».[٢]

---

١) حاشية البيجرمي علىٰ الخطيب ١٣/ ٤٥٧ والإقناع في حل الفاظ أبي شجاع ٣/ ٦٣

٢) سبق تخريجه

المبحث السابع

أنواع اليمين

تنقسم اليمين في مجلس القضاء إلىٰ ثلاثة أنواع :

الأول: يمين الشاهد. وهي اليمين التي يحلفها الشاهد قبل أداء الشهادة للاطمئنان إلىٰ صدقه، ويلجأ إليها القاضي أحيانـًا بدلاً من تزكية الشاهد عند ضعف الوازع الديني.

الثاني: يمين المدعىٰ عليه: وهي التي يحلفها المدعىٰ عليه بطلب المدعي؛ لتأكيد جوابه عن الدعوىٰ.

الثالث: يمين المدعي: وهي التي يحلفها المدعي لدفع التهمة عنه، أو لإثبات حقه، أو لرد اليمين عليه.

وهي ثلاثة أنواع:

أولا: اليمين الجالبة

وهي التي يحلفها المدعي لإثبات حقه إما مع شهادة شاهد واحد، وهي اليمين مع الشاهد، وإما بسبب نكول المدعىٰ عليه عن اليمين الأصلية، وردها القاضي إلىٰ المدعي ليحلف، وهي اليمين المردودة.

وإما لإثبات الجناية علىٰ القاتل، وهي أيمان القسامة، وإما لنفي حد القذف عنه، وهي أيمان اللعان، وإما لتأكيد نفي الأمانة، فالقول قول الأمين مع يمينه كالوديع والوكيل ونحوهما.

ثانيا: يمين التهمة

وهي اليمين التي تُطلب من المدعي بقصد رد دعوىٰ غير محقَّقة علىٰ المدعىٰ عليه.

ثالثا: يمين التوثق والاستظهار

وهي التي يحلفها المدعي بطلب القاضي مع الأدلة لدفع التهمة عنه، يلجأ إليها القاضي عادة إذا كانت الدعوىٰ بحق علىٰ ميت أو غائب، لاحتمال أنه قد استوفىٰ الدَّين أو أبرأه منه. فيحلف المدعي، ويأخذ ما ادعاه بالبينة واليمين، لوجود الشك.

المبحث الثامن

الآثار المترتبة على اليمين

تكون اليمين من المدعىٰ عليه بطلب من المدعي عند عجزه عن إثبات دعواه، ويترتب علىٰ حلف اليمين من المدعىٰ عليه سقوط الدعوىٰ، وانتهاء النزاع بين المتداعيين، وعدم المطالبة في الحال.

أنواع الحقوق التي تجوز فيها اليمين:

١-يجوز الحلف نفيًا أو إثباتًا، في الأموال، وما يؤول إلىٰ الأموال، وفي الحقوق التي بين العباد كالجنايات ونحوها.

٢-لا يجوز الحلف في حقوق الله المحضة، سواء كانت حداً كالزنا والسرقة ونحوهما، أو كانت عبادة كالصلاة والصوم ونحوهما؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، والعبادات علاقة بين العبد وربه، فلا يتدخل فيها أحد.



المبحث التاسع

حكم القضاء بالنكور

تعريف النكول لغة واصطلاحا وأنواعه:

تعريف النكول لغة:

النكول لغة: مشتق من الفعل نكل، أي نكص وجبن، يقال نكل عن العدو ونكل عن اليمين وفلانا عن الشيء نحاه عنه وبفلان نكلة قبيحة أصابه بنازلة ويقال رماه بنكله.(١)

ونكل: رجع عن شيء قاله، أو عن عدو قاومه، أو شهادة أرادها، أو يمين تعين عليه أن يحلفها. وهنا: الامتناع عن أداء الشهادة، أو حلف اليمين.(٢)

تعريف النكول اصطلاحًا:

عُرف النكول اصطلاحًا بتعريفات، منها:

قال ابن عرفه: امتناع من وجبت عليه أو له يمين.(٣)

قال الماوردي: هي أن تجب اليمين علىٰ المنكر فيمتنع منها.(٤)

وقيل: الامتناع عن اليمين في مجلس القضاء.

وهذا التعريف جامع مانع، لأن النكول المعتبر هو ما كان في مجلس القضاء.

أنواع النكول:

النكول نوعان: حقيقة، وحكما.

---

١) المصباح المنير ٩/ ٤٨٣والقاموس الفقهي ١/ ٣٦٢

٢) معجم لغة الفقهاء ١/ ٤٨٨

٣) شرح حدود ابن عرفة ٢/ ٤٤٩

٤) الحاوي ١٦/ ٣١٦

أما حقيقة:

أن يقول المدعىٰ عليه: لا أحلف. فالقاضي يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالمال، وإنما قدره بثلاث مرات؛ ليكون أجلىٰ للعمىٰ وأبلغ في إبلاغ العذر، فإن قضىٰ القاضي بنكوله في المرة الأولىٰ نفذ قضاؤه؛ لأن نكوله معتبر للتورع عن اليمين الكاذبة فقد وجد دليل القضاء، لكن الإمهال وترك الاستعجال أولىٰ.[١]

النوع الثاني: النكول حكما

وهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات وسكت في كل مرة ولم يجبه يجعله ناكلا؛ لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه.[٢]

ما يجوز فيه القضاء بالنكول عند القائلين به:

مر أن الحنفية يرون أن المدعىٰ عليه إذا نكل عن اليمين فإنه يقضىٰ عليه بنكوله، لكن هل هذا في كل دعوىٰ؟

اختُلف في ذلك علىٰ أقوال:

* -يرىٰ أبو حنيفة: أنه يقضىٰ عليه بالنكول في كل ما يصح فيه البذل والإباحة كالأموال وقصاص الأطراف.[٣]
* -يرىٰ أبي يوسف ومحمد: أنه يُقضىٰ عليه بالنكول في كل ما تصح فيه اليمين مالًا كان أو غيره.[٤]

---

١) معين الحكام ١/ ٤٣٠ وتحفة المحتاج ٤٥/ ١ ومغني المحتاج ٢٠/ ٨٩ ونهاية المحتاج ٢٩/ ٦٢

٢) معين الحكام ١/ ٤٣١

٣) بدائع الصنائع ١٤/ ١٨١ وتبيين الحقائق ١٣/ ١٣٥

٤) المبسوط ٢٠/ ٧٨ والاختيار لتعليل المختار ١/ ٢١ والإقناع ٢/ ١٧٥ والانصاف ١٠/ ٣١١



ما يجوز فيه رد اليمين إلى المدعي عند القائلين به:

سبق معنا أن المالكية والشافعية يرون أن المدعىٰ عليه إذا نكل عن اليمين فإن اليمين تُرد إلىٰ المدعي، ولكن هل هذا في كل دعوىٰ؟

اختُلف في ذلك علىٰ قولين:

القول الأول: يرىٰ المالكية: أن اليمين إنما تُرد للمدعي في المال وحقه.(١)

القول الثاني: يرىٰ الشافعية: أن اليمين تُرد علىٰ المدعي في كل حق سُمعت فيه الدعوىٰ وجازت المطالبة به، سواء كان الحق مالًا كالعين والدين أو غير مال من قصاص أو نكاح أو طلاق.(٢)

تكييف القضاء بالنكول عند القائلين به وثمرة الخلاف في ذلك:

تكييف القضاء بالنكول عند القائلين به:

اختلف القائلون بالقضاء بالنكول في تكييف نكول المدعىٰ عليه علىٰ قولين:

القول الأول: يرىٰ أبو حنيفة ووجه عند الحنابلة أنه بذل.(٣)

ودليله: أن اليمين لا تبقىٰ واجبة مع النكول لحصول المقصود وإنزاله باذلًا أولىٰ كيلا يصير كاذبًا في الإنكار.(٤)

القول الثاني: يرىٰ صاحبي أبي حنيفة ووجه آخر عند الحنابلة: أنه إقرار.(٥)

ودليلهم: أن الناكل كالممتنع من اليمين الكاذبة ظاهرا، فيصير معترفا بالمدعىٰ، لأنه لما نكل مع إمكان تخلصه باليمين، دل ذلك علىٰ أنه لو حلف لكان كاذبا،

---

١) التاج والإكليل ١١/ ٣١٤

٢) الحاوي ١٧/ ١٤٦

٣) بدائع الصنائع ١٤/ ٤٢٢والعناية شرح الهداية ١١/ ٢٧٩

٤) العناية شرح الهداية ١١/ ٢٧٩

٥) العناية شرح الهداية ١١/ ٢٧٩

وذلك دليل علىٰ اعترافه، إلا أنه لما كان دون الإقرار الصريح لم يعمل عمله في الحدود والقيود.

ثمرة الخلاف:

قال ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا قضي بالنكول فهل يكون كالإقرار أو كالبذل؟ فيه وجهان، ينبني عليهما ما إذا ادعىٰ نكاح امرأة واستحلفناها فنكلت، فهل يقضىٰ عليها بالنكول وتجعل زوجته؟ فإن قلنا: النكول إقرار حكم له بكونها زوجته وإن قلنا: بذل، لم نحكم بذلك، لأن الزوجية لا تستباح بالبذل.[1]

---

١) الطرق الحكمية ١/ ١٧١



المبحث العاشر

اليمين في قانون أصول المحاكمات الشرعية

نظم قانون أصول المحاكمات الشرعية اليمين علىٰ النحو الآتي:

١- إذا كان الشخص الذي وجهت إليه اليمين بطلب الخصم أو من قبل المحكمة يقيم ضمن دائرة قضاء القاضي ولكنه تخلف عن حضور المحاكمة يكتب إليه القاضي مبيناً أن اليمين قد توجهت إليه ويذكر له صورتها وأنَه اذا لم يجب الدعوة لحلفها يعتبر ناكلاً.

٢- إذا كان الشخص الذي وجهت إليه اليمين يقيم خارج منطقة القاضي الذي يرىٰ الدعوىٰ فللقاضي أن ينيب في تحليفه قاضي المحل الذي يقيم فيه بكتاب يتضمن صورة اليمين واسم الشخص الذي يوكله طالب التحليف وقت أداء اليمين وذلك في الأحوال التي يشترط فيها التحليف بحضور الخصم وللقاضي المناب أن ينظم الضبط متضمناً أداء اليمين أو النكول عنه وبعد ختمه وتوقيعه يرسله إلىٰ القاضي المنيب.

٣- إذا كان الشخص مجهول محل الاقامة يجري تبليغه كما جاء في الفقرة الأولىٰ من هذه المادة بالطريقة الممكنة وفقاً لأحكام هذا القانون وفي جميع الأحوال المذكورة إذا لم يحضر الشخص الذي وجهت إليه اليمين في اليوم المعين بعد تبليغه حسب الأصول ولم تر المحكمة أن تخلفه ناشئ عن عذر مشروع أو لم يخبر المحكمة بمعذرته يعد ناكلاً وتعطي المحكمة الحكم الملائم بعد تحليف المدعي.

٤- للقاضي أن ينيب الكاتب العدل في سفارة المملكة أو قنصليتها في تحليف من وجهت إليه اليمين وذلك وفق أحكام الفقرة (٢) من هذه المادة.[1]

---

١) انظر المادة (٧٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

اليمين في مجلة الأحكام العدلية:

أشارت مجلة الأحكام العدلية إلىٰ اليمين من خلال المواد التالية:

١-أحد أسباب الحكم اليمينُ أو النُّكول عنه:[١]

أحد أسباب الحكم اليمينُ أو النُّكول عنه، وهو أنه إذا أظهر المدعي العجز عن إثبات دعواه فيحلف المدعىٰ عليه بطلبه، ولكن إذا ادعىٰ أحدٌ علىٰ آخر بقوله أنت وكيل فلان وأنكر الوكالة. فلا يلزم تحليفه كذلك إذا ادعىٰ كل من الشخصين المال الذي هو في يد آخر بأنه اشتراه منه وأقرَّ المدعىٰ عليه بأنه باعه لأحدهما وأنكر دعوىٰ الآخر فلا يتوجه عليه اليمين.

٢-تحليف أحد الخصمين:[٢]

إذا قُصد تحليف أحد الخصمين فيحلف باسمه تعالىٰ بقوله والله أو بالله مرة واحدة بدون تكرار.

٣- لا تكون اليمينُ إلا في حضور الحاكم أو نائبه:

ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما.[٣]

٤-النيابة في التحليف:[٤]

تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين، بناءً عليه لوكلاء الدعاوىٰ أن يحلفوا الخصم. ولكن إذا توجهت اليمين إلىٰ موكليهم فيلزم أن يُحلف بالذات ولا يصحُّ تحليف وكلائهم.

---

١) انظر المادة (١٧٤٢) من المجلة
٢) انظر المادة (١٧٤٣) من المجلة
٣) انظر المادة (١٧٤٤) من المجلة
٤) انظر المادة (١٧٤٥) من المجلة

٥- لا يحلف اليمين إلا بطلب الخصم:[١]

لا يحلف اليمين إلا بطلب الخصم، ولكن يُحلفُ من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب وهي:

الأول: إذا ادعىٰ أحدٌ من التركة حقـًا وأثبته فيحلفه الحاكم علىٰ أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا أبرأه ولا أحاله علىٰ غيره ولا أوفىٰ من طرف أحد وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار.

الثاني: إذا استحق أحدٌ المال واثبت دعواه حلفه الحاكم علىٰ أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه.

الثالث: إذا أراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم علىٰ أنه لم يرض بالعيب قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك علىٰ ما ذكر في مادة ٣٤٤.

الرابع: تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط حتىٰ شفعته بوجه من الوجوه.

٦- حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل أن يُكلفهُ الحاكم:[٢]

إذا حلف المدعىٰ عليه بطلب الخصم قبل أن يُكلفهُ الحاكم فلا تعتبر يمينه ويلزم أن يُحلف من قبل الحاكم مرة أخرىٰ.

٧- الحلف على البتات:[٣]

إذا حلف أحدٌ علىٰ فعله فيحلف علىٰ البتات، يعني يحلف علىٰ القطع بأن هذا

---

١) انظر المادة (١٧٤٦) من المجلة

٢) انظر المادة (١٧٤٧) من المجلة

٣) انظر المادة (١٧٤٨) من المجلة

الشيء هكذا أو ليس بكذا، وإذا حلف علىٰ فعل الغير فيحلف علىٰ عدم العلم يعني يحلف علىٰ عدم علمه بذلك الشيء.

٨- اليمين إما بالسبب أو بالحاصل:(١)

اليمين إما بالسبب أو بالحاصل وهو أن اليمين بوقوع خصوص أو بوقوع خصوص أو بعدم وقوعه بيمنٌ بالسبب واليمين ببقائه أو بعدم بقائه يمينٌ بالحاصل. مثلاً اليمين في دعوىٰ البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع أصلاً هو يمينٌ بالسبب، وأما اليمين ببقاء العقد إلىٰ الآن أو بعدم بقائه فهو يمينٌ بالحاصل.

٩- اجتماع الدعاوى:(٢)

إذا اجتمعت دعاوىٰ مختلفة فتكفي فيها يمينٌ واحدة ولا يلزم التحليف لكل منهما علىٰ حدة.

١٠- النكول عن اليمين:(٣)

إذا كلف الحاكم من توجه إليه اليمين في الدعاوي المتعلقة بالمعاملات باليمين ونكل عنها صراحة بقوله لا أحلفُ، أو دلالة بالسكوت بلا عذرٍ، حكم الحاكم بنكوله، وإذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفتُ إليه ويبقىٰ حكم الحاكم علىٰ حاله.

١١- يمين الأخرس(٤)

تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة.

---

١) انظر المادة (١٧٤٩) من المجلة

٢) انظر المادة (١٧٥٠) من المجلة

٣) انظر المادة (١٧٥١) من المجلة

٤) انظر المادة (١٧٥٢) من المجلة

١٢- ادعاء المدعي بوجود شهود له.[١]

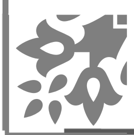
إذا قال المدعي ليس لي شاهد أصلاً ثم أراد أن يأتي بشهود أو قال ليس لي شاهد سوىٰ فلان وفلان ثم قال لي شاهدٌ آخر فلا يقبل قوله.

١) انظر المادة (١٧٥٣) من المجلة




الفصل الرابع

البينات الخطية




البينات الخطية تشمل الصك والوثيقة والسجل والمحضر والديوان وما كل من شأنه أن يثبت الحق كتابيا.

المبحث الأول

مشتملات البينات الخطية

أولا: السّجلّ:

السّجلّ في اللّغة: الكتاب يدوّن فيه ما يراد حفظه. ومنه كتاب القاضي، وكتاب العهد، ونحو ذلك[1] ومنه قوله تعالىٰ: ﴿يَوْمَ نَطْوِي السَّمَاءَ كَطَيِّ السِّجِلِّ لِلْكُتُبِ كَمَا بَدَأْنَا أَوَّلَ خَلْقٍ نُعِيدُهُ وَعْدًا عَلَيْنَا إِنَّا كُنَّا فَاعِلِينَ ﴿١٠٤﴾﴾[الأنبياء] أي: كطيّ الصّحيفة علىٰ ما فيها. وهو قول ابن عبّاس، ومجاهد، واختاره الطّبري.[2]

ويقال: سجّل تسجيلاً إذا كتب السّجلّ. وسجّل القاضي عليه: قضىٰ، وأثبت حكمه في السّجلّ. وسجّل العقد ونحوه: قيّده في سجلّ.

وفي الاصطلاح: يطلق السّجلّ علىٰ كتاب القاضي الّذي فيه حكمه، ويشمل في عرف بعض الفقهاء ما كان موجّهًا إلىٰ قاض آخر.[3] ثمّ أصبح يطلق في عرفهم كذلك علىٰ الكتاب الكبير الّذي تضبط فيه وقائع النّاس.[4]

وقد ذكر ابن نجيم أنّ السّجلّ في عرف أهل زمانه: هو ما كتبه الشّاهدان في الواقعة وبقي عند القاضي، وليس عليه خطّ القاضي.[5]

وربّما خصّ الحنابلة السّجلّ بما تضمّن الحكم المستند إلىٰ البيّنة. وهذا هو الصّحيح في المذهب.[6]

---

١) المغرب في ترتيب المعرب ٣/ ٩ والمصباح المنير ٤/ ١٦٣

٢) تفسير الطبري ١٨/ ٥٤٣ وبحر العلوم ٣/ ١٤٣

٣) رد المحتار ٥/ ٥١٧

٤) الدر المختار ٥/ ٥٧٩ والبحر الرائق ٧/ ٥ ومجمع الأنهر ٦/ ٧٣ وغمز عيون البصائر ٢/ ١٩٤

٥) البحر الرائق ٦/ ٤٦٢

٦) مطالب أولي النهىٰ ١٩/ ٤٢٣ وكشاف القناع ٢٢/ ٣٦٣ وشرح منهىٰ الارادات ١٢/ ٢٥٨



ويقال: سجّل تسجيلاً إذا كتب السّجلّ. وسجّل القاضي عليه: قضىٰ، وأثبت حكمه في السّجلّ. وسجّل العقد ونحوه: قيّده في سجلّ.

اتّخاذ السّجلّات:

ينبغي للقاضي أن يتّخذ سجلًّا حتّىٰ لا ينسىٰ واقعة الدّعوىٰ إذا طال الزّمن، وليكون ذلك مذكّراً له ومعيناً علىٰ وصول المحكوم له إلىٰ حقّه إذا جحده الخصم.

ويكتب في السّجلّ وقائع الدّعوىٰ، وأدلّتها، وما انتهىٰ إليه القاضي من الحكم في موضوعها، لأنّه مكلّف بحفظ الحقوق، وبغير الكتابة لا يمكن أن تحفظ.

ويتأكّد هذا الواجب بطلب المحكوم له، فإن لم يطلبه كانت الكتابة علىٰ سبيل النّدب، لتبقىٰ الدّعوىٰ بكلّ ما تمّ فيها محفوظةً في الدّيوان، فربّما احتاج أحد الخصمين لمراجعتها، واستخراج الحكم. ولا يلزم القاضي أن يكتب للمحكوم عليه ما ثبت عنده أو حكم به، وإنّما هو مستحبّ. غير أنّه إن طلب من القاضي تسجيل الحكم بالحقّ الّذي ثبت عليه، أو الّذي أوفاه، أو ثبتت براءته منه، حتّىٰ لا يطالبه المدّعي به مرّةً أخرىٰ، فعلىٰ القاضي إجابته لما طلب. وإن كانت الخصومة متعلّقةً بناقص الأهليّة أو عديمها، كالصّبيّ، والمجنون، فإنّ تسجيل الحكم واجب، وإن لم يطلب ذلك أحد، سواء كان محكوماً له، أو عليه. وإن كانت الدّعوىٰ متعلّقةً بحقّ من حقوق اللّه تعالىٰ، كالحدود، أو كان الحقّ لغير معيّن كالوقف، والوصيّة للفقراء، ولجهات الخير، فإنّ علىٰ القاضي أن يكتب ذلك، ويحكم به دون حاجة لطلب من أحد.

كيفيّة الكتابة في السّجلّات:

لا يكفي في المحاضر والسّجلّات الاختصار والإجمال. بل لا بدّ من المبالغة في التّصريح والبيان. ففي المحاضر يجب علىٰ الكاتب أن يكتب بعد البسملة والحمدلة أو نحو ذلك، اسم المدّعي، واسم أبيه وجدّه، وكنيته، وصناعته، وقبيلته،

ومسكنه، ومصلّاه (أي المسجد الّذي يصلّي فيه عادةً) وكلّ ما يؤدّي إلىٰ التّعرّف علىٰ شخصه. ويذكر حضوره، والإشارة إليه. وكذلك يفعل بالمدّعىٰ عليه.[1]

وإن كان القاضي منابـًا عن قاض آخر، فلا بدّ أن يذكر صفته، وأن يكون من استنابه مأذونـًا له بذلك. وإن أشهد علىٰ المحضر كان أوكد وأحوط. وينبغي في كتابة المحضر أن تكون علىٰ عادة البلد وأعرافه، ومصطلحاته. ويراعىٰ فيها متطلّبات كلّ عصر.[2]

تعدّد نسخ السّجلّ:

تكتب المحاضر، والسّجلّات، والوثائق علىٰ نسختين:

إحداهما: تحفظ في ديوان المحكمة، وعليها اسم الخصمين، أو صاحب الوثيقة، وخاتم القاضي، وتكون مستنداً للرّجوع إليها عند الحاجة.

الثانية: تعطىٰ للمحكوم له، أو صاحب الوثيقة، لتكون حجّةً بالحقّ، وهي غير مختومة. ويجري ذلك ولو من غير طلب.

ثمّ أصبحت الوثائق تكتب مرتّبةً في كتاب يجمعها، وبحسب ما يسع منها، ويحفظ في الدّيوان، وهو أكثر حفظـًا، وأحوط. فإن ضاعت النّسخة الّتي في يد ذي الشّأن، وطلب من القاضي نسخةً أخرىٰ، أسعف طلبه، وكتب عليها ما ادّعاه من الفقدان، وتاريخها، حتّىٰ لا يستوفىٰ الحقّ الوارد فيها مرّتين.

نقص ما في السّجلّ من أحكام:

إنّ كلّ نقص من مقوّمات السّجلّ الّتي سبقت يعتبر خللاً مؤثّراً في صحّته. وذلك

---

١) رد المحتار ٣/ ٢٤و٦/ ٤٨ وبدائع الصنائع ١٤/ ٤٢٩ والتاج والإكليل ١١/ ٩٣ والشرح الكبير للدردير ٤/ ١٦١ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٧/ ١٦٢وتحفة المحتاج ٤٣/ ١٩١ ومغني المحتاج ١٩/ ٢١١ وروضة الطالبين ٤/ ١٨٥

٢) انظر المراجع السابقة بصفحاتها

يظهر من الأمثلة الآتية:

أ - إذا خلا السّجلّ من الإشارة إلى المتخاصمين فإنّه لا يفتى بصحّته:

كما لو كتب فيه حضر فلان مجلس الحكم، وأحضر معه فلانًا، فادّعىٰ هذا الّذي حضر، عليه. وينبغي أن يكتب: «علىٰ هذا الّذي أحضر معه» بدلًا من «عليه». وكذا عند ذكر الخصمين في أثناء السّجلّ لا بدّ من ذكر ضمير الإشارة، فيكتب: المدّعي هذا، والمدّعىٰ عليه هذا.[1]

ب - ولو لم ينصّ في السّجلّ على حضور المدّعي والمدّعى عليه مجلس القضاء:

فإنّ ذلك خلل في السّجلّ عند الحنفيّة الّذين لا يرون القضاء علىٰ الغائب. وكذلك لو خلا من النّصّ علىٰ سماع البيّنة بحضور المدّعىٰ عليه، وصدور الحكم بحضرة الخصمين.[2]

ج - وإن كان لأحد الخصمين وكيل:

وكتب في السّجلّ ثبوت الوكالة دون كيفيّة ثبوتها: هل هو البيّنة، أو المشافهة بحضرة القاضي ومعرفته بالوكيل والموكّل، فإنّ ذلك خلل في السّجلّ.[3] وأمّا الغلط باسم الوكيل وجعله محلّ الموكّل، وجعل الموكّل محلّ الوكيل، فذلك لا يؤثّر في صحّة السّجلّ، إلاّ علىٰ قول بعض المشايخ.

د - وفي دعوى الوصيّ من جهة الأب، أو من جهة القاضي:

إذا خلا السّجلّ من ثبوت موت الأب، والإيصاء، ومن الإذن الحكميّ من

---

١) المحيط البرهاني ١٠/ ٢٢٤ والفتاوىٰ الهندية ٤٩/ ٢٣٦ وجامع الفصولين ١/ ٧١
٢) معين الحكام ١/ ٤٩ وجامع الفصولين ٢/ ١٩٢
٣) جامع الفصولين ٢/ ١٩٦

القاضي، والإذن بالقبض، فإنّ هذا يوجب ردّه، لأنّه لا بدّ منه لإثبات صحّة الخصومة.[١]

هـ - وكلّ سجلّ خلا من سبب الدّعوى، فإنّه مردود عند عامّة العلماء:

ولو أنّ السّجلّ خلا من أسماء الشّهود، فإنّ أكثر القضاة عند الحنفيّة صاروا لا يرون ذلك خللاً، وهو القول المشهور عند المالكيّة، غير أنّ العمل عندهم علىٰ وجوب ذكر أسمائهم في الحكم علىٰ الغائب والصّغير، ولا حاجة لذلك في الحكم علىٰ الحاضر.[٢] وترك لفظ الشّهادة خلل في محضر الدّعوىٰ.

تخصيص كاتب للسّجلّ، وما يشترط فيه:

علىٰ القاضي أن يختار كاتباً يستعين به في كتابة ما يجري في المحاكمة، لأنّه يشقّ عليه أن يتولّىٰ ذلك بنفسه. ويجب أن يتّصف كاتب القاضي بما يتّصف به القاضي، لأنّه جزء من المحكمة، ولأنّ الكتابة من جنس القضاء. ولهذا وجب أن يكون الكاتب مسلماً، مكلّفاً، عدلاً، ورعاً، عفيفاً.

ثانيا: المحضر

هو ما يكتب فيه ما جرىٰ بين الخصمين من إقرار، وإنكار وإقامة بيّنة، ونكول عن يمين وغير ذلك من وقائع الدّعوىٰ، علىٰ وجه يرفع الاشتباه بلا حكم.[٣]

والفرق بين السّجلّ والمحضر عند جمهور الفقهاء أنّ الأوّل يتضمّن النّصّ علىٰ الحكم، إنفاذه، خلاف الثّاني فلو أنّ القاضي زاد في المحضر ما يفيد إنفاذ حكمه، وإمضاءه، بعد إمهال الخصم بما يدفع به دعوىٰ المدّعي، جاز.[٤]

---

١) المحيط البرهاني ١٠/ ٢٧٣

٢) تبصرة الحكام ١/ ٣١٠

٣) الدر المختار ٥/ ٢٠٩ ورد المحتار ٥/ ٥٠٩

٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ١٠/ ٢٢٤

ثالثا: الصّك

الصّكّ في اللّغة: الضّرب الشّديد بالشّيء العريض، يقال: صكّه صكّـًا: إذا ضربه في قفاه ووجهه بيده مبسوطةً وقيل: الضّرب عامّةً بأيّ شيء كان.[1]

هو ما كتب فيه البيع، والرّهن، والإقرار وغيرها.[2] وعرّفه السّرخسيّ بأنّه: اسم خالص لما هو وثيقة بالحقّ الواجب.[3] وربّما أطلق الحنابلة الصّكّ علىٰ المحضر.[4] إذن فهو الكتاب الّذي يكتب فيه المعاملات، والأقارير ووقائع الدّعوىٰ.[5]

العمل بالصّك وحده:

استثنىٰ الحنفيّة من عدم جواز الاستناد لثبوت الحقوق علىٰ الصّكّ المجرّد: ما جرىٰ العرف بقبوله بمجرّد كتابته، كالبراءات السّلطانيّة لأصحاب الوظائف ونحوها كمنشور القاضي، والوالي، وعامّة الأوامر السّلطانيّة، ودفاتر البيّاعين، والسّماسرة، والصّرّافين، وصكوك الوقف الّتي تقادم عليها الزّمن، وذلك لجريان العرف والعادة بقبول كتب البيّاعين والصّرّافين، والسّماسرة وأوامر السّلطان بمجرّد كتابته، وندرة إمكان التّزوير علىٰ السّلطان، وتعذّر إقامة بيّنة علىٰ صكوك الأوقاف إذا تقادم عليها الزّمن، ولضرورة إحياء الأوقاف.[6]

---

١) المغرب في تعريب المعرب ٣/ ٢٧٠
٢) رد المحتار ٥/ ٥٠٩ والبحر الرائق ٦/ ٤٦٢ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٨/ ٤٢٦
٣) المبسوط ١٨/ ٢٠
٤) كشاف القناع ٢٢/ ٣٦٣
٥) حاشية الجمل ٢٣/ ٣٦٤
٦) المبسوط للسرخسي ١٢/ ٤٤

كتابة الصّكوك والسّجلّات:

صرّح الحنفيّة: أنّ الصّكّ لا يكون معتبراً إلاّ إذا كانت الكتابة مستبينةً مرسومةً معنونةً، فإن لم تكن مستبينةً كالكتابة علىٰ الهواء والرّقم علىٰ الماء فلا يعتبر.(١)

رابعا: الوثيقة

هي في اللّغة: بفتح الواو والقاف وكسر الثاء وثائق، من وثق (بضم الثاء) الشيء: ثبت وقوي وصار محكما.(٢)

وهو ما يوثق به من صك الدين ونحوه. وهي المستندات المكتوبة الموثوق بها.(٣)

وفي الاصطلاح هي: ما يشمل الصّكّ، والمحضر، والسّجلّ، والرّهن، وكلّ ما يتوثّق به الإنسان في حقّه.

خامسا: الدّيوان

يتعيّن الفصل بين الدّيوان العامّ، وديوان القضاء.

١ - **أمّا الدّيوان العامّ**: فهو موضع لحفظ ما يتعلّق بحقوق السّلطنة من الأعمال، والأموال، ومن يقوم بها من الجيوش، والعمّال.(٤)

٢ - **أمّا ديوان القضاء**: فهو هذه السّجلّات وغيرها من المحاضر، والصّكوك، وكتب نصب الأوصياء، وقوام الأوقاف، والودائع، ونحو ذلك.

سادسا: الحجّة

تطلق علىٰ السّجلّ وعلىٰ الوثيقة. فهي أعمّ، ثمّ أصبحت تطلق علىٰ السّجلّ،

---

١) فتح القدير شرح الهداية ٢٤/ ٤٨٧ والمحيط البرهاني ٣/ ١٨٦

٢) معجم لغة الفقهاء ص٤٩٩

٣) معجم لغة الفقهاء ص٤٩٩

٤) الأحكام السلطانية ١/ ٣٩٥



والمحضر، والصّكّ. ثمّ أطلقت في العرف علىٰ ما نقل من السّجلّ من الواقعة، وعليه علامة القاضي أعلاه، وخطّ الشّاهدين أسفله، وأعطي للخصم[١] وخصّ الحنابلة الحجّة بالحكم القائم علىٰ البيّنة.

ز- المستند والسّند:

هو كلّ ما يستند إليه[٢] ومستند الحكم: ما يقوم عليه. وأطلق علىٰ صكّ الدّين، ونحوه.

سابعا: الدفتر

الدفتر لغةً: جريدة الحساب، والدفتر جماعة الصّحف المضمومة، والدفتر واحد الدفاتر وهي الكراريس، وهو عربيّ، قال ابن دريد: ولا يعرف له اشتقاق.[٣]

ولا يخرج المعنىٰ الاصطلاحيّ عن المعنىٰ اللّغويّ. والصّلة بين الدفتر والكتاب عموم وخصوص مطلق والدفتر أعمّ من الكتاب، والفرق بينهما أنّ الكتاب يفيد أنّه مكتوب، ولا يفيد الدفتر ذلك، تقول: عندي دفتر بياض ولا تقول: عندي كتاب بياض، وهو: صحف مجموعة بعضها إلىٰ بعض، فان كتب فيها حساب التجار فهو دفتر التجار، وإن كتب فيه حسابات الدولة فهو الدفتر السلطاني.[٤]

ثامنا: الكتاب

الذي يعتبر إيجاباً أو قبولاً في العقود:

جاء في الهداية وشروحها في باب البيع: الكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال، حتىٰ

١) مغني المحتاج ١٩/ ١٣٢
٢) معجم لغة الفقهاء ١/ ٢٥١
٣) المغرب في ترتيب المعرب ٢/ ٢٣١و والمصباح المنير ٣/ ٢٢٩
٤) معجم لغة الفقهاء ١/ ٢٠٩

اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرّسالة، فصورة الكتاب بأن يكتب: أما بعد: فقد بعت عبدي منك بكذا، فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال: قبلت، وكان ذلك في المجلس انعقد.(١)

الكتاب بمعنى الوثيقة والعهد:

فقد أمر الله سُبْحَانَهُوَتَعَالَىٰ بتوثيق المعاملات التي تجري بين الناس في قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢] وقد وثق النبيّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ فباع وكتب ومن ذلك: «هذا ما اشترىٰ العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ اشترىٰ منه عبداً أو أمةً لا داء ولا غائلة ولا خبثة، بيع المسلم من المسلم»(٢) وأمر النبيّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ بالكتاب في الصّلح فيما بينه وبين المشركين.(٣)

الأحكام المتعلّقة بكتابة الصّكوك والسّجلّات:

يرىٰ الحنفية والمالكية والشّافعيّة: أنّ كتابة الصّكوك، والسّجلّات من فروض الكفاية، في كلّ تصرّف ماليّ، وغيره: كطلاق وإقرار، وغير ذلك، وذلك للحاجة إليه لتمهيد إثبات الحقوق عند التّنازع، ولما لها من أثر ظاهر في التّذكّر للوقائع، وفيها حفظ الحقوق عن الضّياع.(٤)

وأنه لا يجب علىٰ القاضي عيناً كتب الصّكوك، والسّجلّات، إذ يجب عليه إيصال الحقّ إلىٰ أهله، وهذا يحصل بالشّهود لا بالصّكوك وكتابة السّجلّات، ولأنّ

---

١) تكملة حاشية رد المحتار ١/ ٤٦٠ والعناية شرح الهداية ١٠/ ٢٦١ والفتاوىٰ البزازية ٢/ ٢٤
٢) سنن الترمذي ٣/ ٥٢٠ رقم ١٢١٦ قال الشيخ الألباني: حسن
٣) انظر صلح الحديبية في كتب السير
٤) حاشية الجمل ٢٣/ ٣٦١ وحاشية البيجرمي علىٰ المنهج ١٦/ ٤٧٦ وفتح الوهاب ٢/ ٣٩٢ وروضة الطالبين ٤/ ١٨٤

النّبيّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ ومن بعده من الأئمّة كانوا يحكمون، ولا يكتبون المحاضر والسّجلّات، ولكنّه إن سأل أحد الخصمين كتابة الصّكّ، أو السّجلّ ليحتجّ به عند الحاجة يستحبّ للقاضي إجابته إن أحضر قرطاساً أو كان هناك قرطاس معدّ لذلك من بيت المال.[1]

وقال الحنابلة: يجب على القاضي كتابة الصّكّ والسّجلّ إذا طلب منه من له مصلحة في كتابته وأتى بكاغد، أو كان في بيت المال (كاغد)[2] معدّ لذلك، لأنّه وثيقة للطّالب، فلزمه كتابته، كعامل الزّكاة، إذا طلب المزكّي منه كتابة صكّ منه، لئلاّ يطالبه عامل آخر، وكمعشّر تجارة أهل حرب أو ذمّة في دار الإسلام، طلبوا منه كتابة صكّ بأداء العشر، ليكون ذلك لهم براءة ذمّة إذا مرّ بهم معشّر آخر.[3]

---

١) تحفة المحتاج ٤٤/ ٢٣٠ وحاشية الجمل ٢٣/ ٣٦١ وحواشي الشرواني ١٠/ ٢٦٨

٢) القرطاس معربا رد المحتار ١/ ١٩٣

٣) كشاف القناع ٢٢/ ٣٦٣

المبحث الثاني

التوثيــق

أولا: تعريف التوثيق

التّوثيق لغة:

مصدر وثّق الشّيء إذا أحكمه وثبّته، وثلاثيّه وثق.

يقال وثق الشّيء وثاقة: قوىٰ وثبت وصار محكما.

التوثيق في الاصطلاح الشرعي:

الوثيقة ما يحكم به الأمر، والوثيقة: الصّكّ بالدّين أو البراءة منه، والمستند، وما جرىٰ هذا المجرىٰ والجمع وثائق. والموثّق من يوثّق العقود. ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنىٰ.

ثانيا: من الألفاظ ذات الصلة

التّسجيل: وهو الإثبات في السّجلّ وهو كتاب القاضي ونحوه.

وفي الدّرر: المحضر: ما كتب فيه ما جرىٰ بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم ببيّنة أو نكول علىٰ وجه يرفع الاشتباه، والصّكّ: ما كتب فيه البيع والرّهن والإقرار وغيرها.[1] والحجّة والوثيقة يتناولان الثّلاثة.

وقال ابن بطّال: المحاضر: ما يكتب فيها قصّة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم وما جرىٰ بينهما وما أظهر كلّ واحد منهما من حجّة من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به، والسّجلّات: الكتب الّتي تجمع المحاضر وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وإمضائه.[2]

---

١) رد المحتار ٥/ ٥٠٩

٢) المجموع ٢٠/ ١٤٩

وعلىٰ ذلك: فالتّسجيل هو إثبات الأحكام الّتي يصدرها القاضي وتختلف مراتبها في القوّة والضّعف. فهو من أنواع التّوثيق.

ثالثا: حكمة مشروعيّة التّوثيق

في التّوثيق منفعة من عدة أوجه وهي:

١-صيانة الأموال وقد أمرنا بصيانتها ونهينا عن إضاعتها.

٢-قطع المنازعة فإنّ الوثيقة تصير حكما بين المتعاملين ويرجعان إليها عند المنازعة فتكون سببا لتسكين الفتنة ولا يجحد أحدهما حقّ صاحبه مخافة أن تخرج الوثيقة وتشهد الشّهود عليه بذلك فينفضح أمره بين النّاس.

٣-التّحرّز عن العقود الفاسدة لأنّ المتعاملين ربّما لا يهتديان إلىٰ الأسباب المفسدة للعقد ليتحرّزا عنها فيحملهما الكاتب علىٰ ذلك إذا رجعا إليه ليكتب.

٤-رفع الارتياب فقد يشتبه علىٰ المتعاملين إذا تطاول الزّمان مقدار البدل ومقدار الأجل فإذا رجعا إلىٰ الوثيقة لا يبقىٰ لواحد منهما ريبة.[١]

رابعا: حكم التّوثيق

توثيق التّصرّفات أمر مشروع لاحتياج النّاس إليه في معاملاتهم خشية جحد الحقوق أو ضياعها.

والأصل في مشروعيّة التّوثيق ما ورد من نصوص.

ففي مسائل الدّين جاء قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُۚ فَلۡيَكۡتُبۡ وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبۡخَسۡ مِنۡهُ شَيۡـٔٗاۚ فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحۡدَىٰهُمَا

---

١) المبسوط للسرخسي ٣٠/ ١٤٠

فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰۚ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟ۚ وَلَا تَسْـَٔمُوٓا۟ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟ۖ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَاۗ وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌۚ وَإِن تَفْعَلُوا۟ فَإِنَّهُۥ فُسُوقٌۢ بِكُمْۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾ ﴾[البقرة].

قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌۖ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٢٨٣﴾ ﴾[البقرة].

قوله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾[يوسف].

وقد اختلف الفقهاء في حكم الأمر بالكتابة والإشهاد علىٰ وجهين:

الأوّل: أنّ الأمر للنّدب

وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفيّة، والمالكيّة، والشّافعيّة، والحنابلة، وذهب إليه أيضا أبو سعيد الخدريّ، وأبو أيّوب الأنصاريّ، والشّعبيّ، والحسن، وإسحاق، وجمهور الأمّة من السّلف والخلف لما يأتي:

١- إنّ الأمر بالكتابة والإشهاد في المبايعات والمداينات لم يرد إلّا مقرونا بقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾[البقرة: ٢٨٣] ومعلوم أنّ الأمن لا يقع إلّا بحسب الظّنّ والتّوهّم لا علىٰ وجه الحقيقة، وذلك يدلّ علىٰ أنّ الشّهادة إنّما أمر بها لطمأنينة قلبه لا لحقّ الشّرع، فإنّها لو كانت لحقّ الشّرع ما قال: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾، ولا ثقة بأمن العباد، إنّما الاعتماد علىٰ ما يراه الشّرع مصلحة، فالشّهادة متىٰ شرعت في النّكاح لم تسقط بتراضيهما وأمن بعضهم بعضا، فثبت بذلك أنّ الأمر بالكتابة والإشهاد مندوب غير واجب، وأنّ ذلك شرع للطّمأنينة.(١)

---

١) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢١٦



٢-جاء قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا﴾ عقب قوله: ﴿وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾[البقرة: ٢٨٣]. فلمّا جاز أن يترك الرّهن الّذي هو بدل الشّهادة جاز ترك الإشهاد.(١)

٣- ثبت «أنّ النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ اشترىٰ من يهوديّ طعامًا، ورهنه درعه»، «واشترىٰ من رجل سراويل، ومن أعرابيّ فرسًا فجحده الأعرابيّ حتّىٰ شهد له خزيمة بن ثابت» ولم ينقل أنّه أشهد في ذلك.(٢)

٤-أمر النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ عروة بن الجعد أن يشتري له أضحيّة ولم يأمره بالإشهاد، وأخبره عروة أنّه اشترىٰ شاتين فباع إحداهما ولم ينكر عليه ترك الإشهاد.

٥- كان الصّحابة رضوان الله عليهم يتبايعون في عصره في الأسواق، فلم يأمرهم بالإشهاد، ولا نقل عنهم فعله، ولم ينكر عليهم النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ.

٦- نقلت الأمّة خلفا عن سلف عقود المداينات والأشربة والبياعات في أمصارهم من غير إشهاد مع علم فقهائهم بذلك من غير نكير منهم عليهم، ولو كان الإشهاد واجبًا لما تركوا النّكير علىٰ تاركه مع علمهم به، وفي ذلك دليل علىٰ أنّهم رأوه ندبا.(٣)

٧- إنّ المبايعة تكثر بين النّاس في أسواقهم وغيرها، فلو وجب الإشهاد في كلّ ما يتبايعونه أمضىٰ إلىٰ الحرج المحطوط عنّا بقوله تعالىٰ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ﴾[الحج: ٧٨].

الثّاني: أنّ الأمر للوجوب

وهو قول الضّحّاك، وعطاء، وجابر بن زيد، والنّخعيّ، وابن جرير الطّبريّ.

---

١) تبصرة الحكام ٢/ ٩٦

٢) المغني لابن قدامة ٩/ ٨ والشرح الكبير ٤/ ٤٧

٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢١٧ وأضواء البيان في تفسير القرآن ١/ ٢٩٨



فالإشهاد فرض لازم يعصي بتركه لظاهر الأمر. وقال ابن عبّاس: إنّ آية الدّين محكمة وما فيها نسخ، وكان ابن عمر رضي الله تعالىٰ عنهما إذا باع بنقد أشهد ولم يكتب، وإذا باع بنسيئة كتب وأشهد.(١)

وقد يكون التّوثيق واجبا بالاتّفاق كتوثيق النّكاح فإنّ الإشهاد فيه واجب سواء أكان عند العقد كما يقول الجمهور أم عند الدّخول كما يقول المالكيّة -والأصل فيه قول النّبيّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا نكاح إلا بوليّ وشاهدي عدل»(٢) فاعتبر المالكيّة أنّ النّكاح حقيقة إنّما يقع علىٰ الوطء.(٣)

خامسا: طرق التّوثيق

للتّوثيق طرق متعدّدة، وهي قد تكون بعقد -وهو ما يسمّىٰ عقود التّوثيقات- كالرّهن والكفالة، وقد تكون بغير عقد كالكتابة والإشهاد وحقّ الحبس والاحتباس. ومن التّوثيقات ما هو وثيقة بمال كالرّهن والمبيع في يد البائع، ومنه ما هو وثيقة بذمّة كالكفالة.

وبيان ذلك فيما يأتي:

أ - الكتابة:

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت، وذلك قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾[البقرة: ٢٨٢]، وقوله: ﴿وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ﴾[البقرة: ٢٨٢]، ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيا كان نوعه، لأن الالتزام

---

١) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢١٥

٢) صحيح ابن حبان ٩ / ٣٨٦ رقم ٤٠٧٥و سنن الدار قطني ٣ / ٢٢١ رقم ١١و المعجم الأوسط ٩ / ١١٧رقم ٩١٩٢ قال شعيب الأرنؤوط: إسناده حسن

٣) تبصرة الحكام ٢/ ٩٨



ليس إلا ديناً في ذمة الملتزم له، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك.

حجية الكتابة في الإثبات:

إذا كنا قد تناولنا آراء الفقهاء في كتابة الديون من حيث الوجوب وعدمه، ورأينا أن البعض يرىٰ الوجوب والبعض الآخر يرىٰ نسخ الوجوب، والجمهور يرىٰ ندب الكتابة من غير نسخ، فهل تكفي الكتابة دليلا في الإثبات، وما قيمة السند المكتوب وما مدىٰ حجيته علىٰ ما دُوِّن فيه؟ وهل يحكم القاضي بما هو مسطور في السند متىٰ ما رفع إليه سند يتضمن حقا من الحقوق وليس عليه أن يقبل أي طعن في صحته وصحة ما حمله السند؟.

لا شك أن الكتابة المشار إليها في الآية الكريمة أصبحت مستندا خطيا لأن المكتوب يحوي إقرارا بما تضمنه السند موقعا عليه من المدين المقر وبشهادة كاتب السند أو الشهود الذين وقعوا علىٰ صحة إقرار المدين بالسند وعليه فإن حجية السند هنا تأتي من توقيع المقر والإشهاد فقويت دلالته علىٰ الحق، ولا شك أن الفقهاء عاملوا الإقرار بالكتابة معاملة الإقرار باللسان سواء بسواء.

كيفية الإثبات بالكتابة:

انتهينا إلىٰ جواز الإثبات بالكتابة بناء علىٰ القول الغالب عند الفقهاء وتسهيلا علىٰ الناس، فإن هذا الجواز لم يجعل من الكتابة دليلا يمنع أو يحد من قوة غيرها من الأدلة كما ذهب بعض القانونيين. فرجال القانون الوضعي قد انتهوا إلىٰ وجوب الإثبات بالكتابة في بعض الحقوق، ولا يجوز الإثبات إلا عن طريقها، ومنعوا الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحقوق، مقيدين بذلك طريق الإثبات بالشهادة، وجعلوا حجية الكتابة أقوىٰ من حجية الشهادة. ورجال القانون إن كانوا قَد عذروا أنفسهم في هذا المسلك بدعوىٰ انتشار شهادة الزور مما أدىٰ إلىٰ الفوضىٰ في

ساحات العدالة، فإن الفقه الإسلامي لم يكن بحاجة لمثل هذا التصرف وهذا التقييد مادام منهجه تربية الفرد، وغرس روح الأمانة والمراقبة لله عز وجل بحيث تندرج هذه المراقبة علىٰ أفعاله كلها فيكون بذلك بعيدا عن تهمة التزوير. ثم إن هذا المحذور الذي أدىٰ تقييد الشهادة عند القانونيين لا يؤمن دخوله في الكتابة والمستندات الخطية، وما كان إنكار المانعين للإثبات بالكتابة إلا لتخوفهم من الغش والتزوير.

فإذا نظرنا إلىٰ كتابات الفقهاء -المتقدمين منهم والمعاصرين- في الأدلة الكتابية نجدهم يقسمونها إلىٰ قسمين رئيسيين:

القسم الأول: المستندات الصادرة من دائرة رسمية

وهي تلك التي يثبت بها موظف عام أو شخص مكلَّف بخدمة عامة ما تم علىٰ يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للقواعد المرعية وفي حدود سلطته أو ولايته أو اختصاصه. ولذلك فإن أهم ما يشترط للسند الرسمي ما يلي:

(١) أن يكون تحريره بمعرفة موظف عمومي أو جهة رسمية.

(٢) أن يكون ذلك الموظفة أو تلك الجهة الرسمية مختصة بتحرير مثل هذا السند وفي حدود سلطتها أو ولايتها.

(٣) أن يكون تحرير هذا السند قد تم بحسب القواعد الموضوعة له.[١]

ومثال المستندات الرسمية:

صور الأحكام التي تستخرجها المحكمة ممهورة بإمضاء القاضي وختم المحكمة، وثائق الزواج والطلاق، شهادات الميلاد، صكوك الأراضي وعقودها المستخرجة من سجلات مصلحة الأراضي، مخالصات مصلحة الضرائب

١) أصول المرافعات الشرعية أنور العمروسي فقره ٣١٨، علم القضاء أحمد الحصري ١/ ٤٨



وصندوق الزكاة وغير ذلك من المستندات التي تستخرج من الجهات المختصة معتمدة بختمها وإمضائها.

والورقة الرسمية حجة علىٰ ما تضمنته من حقوق وبيانات مادامت قد استوفت الشروط المتقدمة، ولذلك لا يقبل إنكار ما جاء فيها إذ أن الجهة الرسمية لا تستخرج هذا السند إلا إذا توثقت من صحة بياناته بالتحري الدقيق أو بشهادة الشهود أو بالرجوع إلىٰ سجلاتها.

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ ذلك من خلال المادة (٧٥) والتي جاء فيها:

أ- ١- المستندات الرسمية هي التي ينظمها موظفون رسميون يكون من اختصاصهم تنظيمها كوثيقة الزواج وشهادة الميلاد وسندات التسجيل والوثائق التي ينظمها الكاتب العدل أو من في حكمه وتعتبر هذه المستندات بينة قاطعة علىٰ ما نظمت لأجله ولا يقبل الطعن فيها إلَا بالتزوير.

٢- يعتبر مأذون توثيق الزواج موظفـًا لمقاصد أحكام البند (١) من هذه الفقرة.

ب- يجوز إثبات صحة تنظيم أي مستند أو عقد أو وكالة أو صك كتابي منظم أو موقع خارج المملكة بإحدىٰ الطرق التالية:

١ – إقرار الفريقين المتعاقدين أمام المحكمة.

٢- تصديقه من السلطات المختصة في الدولة التي نظم أو وقع فيها ومن سفارة المملكة أو قنصليتها في تلك الدولة إن وجدت.

٣- إقرار الفريقين المتعاقدين أمام الكاتب العدل أو من يقوم مقامه في إحدىٰ سفارات المملكة أو قنصلياتها.

يظهر من كلام الفقهاء أن إنكار الورقة الرسمية لا يقبل، غير أنه إذا طعن في الورقة الرسمية بالتزوير، وقال إنهم قد زوروا توقيعه أو توقيع القاضي أو ختم جهة

الاختصاص، فللقاضي أن يحيل الأوراق إلىٰ جهة الاختصاص أو أهل الخبرة للمضاهاة والإفادة بصحة الورقة أو التزوير، وهل يحكم القاضي بقول أهل الخبرة أن المستند صحيح؟ قيل لا يحكم لكون شهادتهم ليست شهادة علىٰ الحق، وقيل يحكم بذلك.(١)

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ ذلك من خلال وكذلك المادة (٧٦) والتي جاء فيها [إذا ادعىٰ أن المستند المبرز مزور وطلب من المحكمة التدقيق في ذلك وكانت هنالك دلائل وإمارات تؤيد وجود التزوير تأخذ المحكمة من مدعي التزوير كفيلاً يضمن لخصمه ما قد يلحق به من عطل وضرر إذا لم تثبت دعواه ثم تحيل أمر التحقيق في دعوىٰ التزوير إلىٰ المراجع المختصة لرؤيتها وتؤجل النظر في الدعوىٰ الأصلية حتىٰ تنتهي دعوىٰ التزوير المذكورة].

القسم الثاني: المستندات العرفية

والمستندات العرفية هي الأوراق والمستندات التي لم تصدر من دائرة رسمية أو موظف مختص، وهي ككتابة المُقِر بخط يده أن لفلان عليه كذا، أو كتابة الوصية بخط الموصي من غير أن يُشهد علىٰ وصيته، وكذلك هبته لآخر من غير أن يقوم بتسجيل الهبة، ومن ذلك أيضا أن يجد الوارث في دفتر مورثه أن له عند فلان كذا، ومنه أيضا دفاتر التجار التي تبين تعاملهم ودائنيهم ومدينيهم.

والورقة العرفية حجة فيما تضمنته، ويجوز للقاضي أن يحكم بمقتضاها، فهي كالإقرار بالكتابة، والإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان عند الفقهاء. فمتىٰ ما أقر الشخص بتوقيعه أو بخطه، أو أقر الوارث بأن هذاَ خط مورثه أو توقيعه أو كان ذلك الخط أو التوقيع معروفا ومشهورا فعلىٰ القاضي أن يعمل بمقتضىٰ هذا السند.

غير أننا نلاحظ اختلاف معاملة الفقهاء للورقة العرفية عن معاملة المستند

١) علم القضاء: أحمد الحصري ١/ ٤٨

الرسمي، إذ أنهم لم يقبلوا إنكار من كان السند الرسمي حجة عليه أما الورقة العرفية فقد جعلوا كتابته وتوقيعه كالإقرار، ولذا فإنه إذا أنكر إقراره أو قال إنه لم يوقع وليس هذا توقيعه فوجب علىٰ المدعي إثبات الإقرار بطريق آخر غير الورقة العرفية.

وقد بين ذلك القانون المشار إليه من خلال المواد:

المادة (٧٧)

يجوز الطعن في المستندات العرفية بالإنكار أو التزوير.

المادة (٧٨)

إذا أنكر أحد الطرفين أو ورثته التوقيع أو الخاتم المنسوبين إليه أو أصَر هو أو ورثته علىٰ السكوت لدىٰ السؤال عنهما أو قال الورثة لا نعلم إن كان خاتمه أو توقيعه فعلىٰ القاضي أن يقرر إجراء معاملة التطبيق ويطلب إلىٰ الفريقين انتخاب خبير أو أكثر فإن لم يتفقا تولىٰ بنفسه أمر الانتخاب وأدرج في قراره حالة المستند المختلف عليه وأسماء الخبراء وكيفية انتخابهم.

المادة (٧٩)

تعتبر البصمة في حكم الخاتم ويجري فيها التطبيق عند الإنكار بمعرفة الخبير الفني إن وجد أو الخبراء وفق الأصول المدرجة في هذا الفصل.

المادة (٨٠)

يجتمع الخبراء في الزمان والمكان المعينين من القاضي ويباشرون العمل تحت إشرافه أو إشراف نائبه وبحضور الطرفين علىٰ الوجه الاتي:

١- إذا اتفق الطرفان علىٰ الأوراق التي ستتخذ أساساً ومقياساً للتطبيق عمل باتفاقهما وإلَا فتعتبر الأوراق التالية صالحة للتطبيق والمضاهاة:

أ- التي وقع عليها المنكر بإمضائه أو خاتمه أمام احدىٰ المحاكم أو الكاتب العدل أو دائرة التسجيل.

ب- التي وقع عليها خارج الدوائر الحكومية المختصة واعترف بهذا التوقيع أمام إحدىٰ المحاكم أو الكاتب العدل أو الدائرة الحكومية المختصة.

ج- الأوراق الرسمية التي كتبها ووقعها وهو في الوظيفة.

د- المستندات العرفية التي يعترف المنكر بحضور القاضي والخبراء أن التوقيع أو الخاتم الموضوع عليها هو توقيعه أو خاتمه.

٢- الخاتم أو التوقيع الموقع بها سند عرفي ينكره المدعي لا يجوز اعتباره أساساً صالحاً للتطبيق وإن حكمت إحدىٰ المحاكم في دعوىٰ سابقة بناء علىٰ تقرير الخبراء أنَه خاتمه أو توقيعه.

المادة (٨١)

علىٰ المدعي إحضار الأوراق التي تقرر اتخاذها اساساً للتدقيق في الوقت والمكان المعينين لاجتماع الخبراء سواء أكانت تلك الأوراق في يد أحد موظفي الحكومة أو الأفراد الآخرين وإذا أظهر عجزه عن إحضارها تولىٰ القاضي طلبها بالطرق الرسمية.

المادة (٨٢)

اذا تعذر الحصول علىٰ أوراق يمكن اتخاذها اساساً للتحقيق والمضاهاة يستكتب الشخص الذي انكر خطه أو امضاءه عبارات يمليها عليه الخبراء وتجري عليها معاملة التطبيق.

المادة (٨٣)

علىٰ الخبراء بعد الانتهاء من معاملة التطبيق والمضاهاة أن ينظموا تقريراً يوضحون فيه اجراءات التحقيق الذي قاموا به ويقرروا من حيث النتيجة هل التوقيع أو الخاتم المنكران هما للمدعي عليه أم لا معززين رأيهم بالعلل والاسباب ويصدق هذا التقرير من القاضي أو نائبه ويوقع من الخبراء ويقدم مع المستند المنازع فيه الىٰ المحكمة.

نخلص من هذا أنه يجوز الإثبات بالكتابة عموما، فإن كان المستند صادرا من جهة رسمية فهو حجة، وعلىٰ مُدعي خلاف ما في السند إثبات بطلان هذا السند بالتزوير. أما إن كان السند عرفيا، فهو دليل علىٰ الحق غير أنه يجوز لمن كان السند حجة عليه أن ينكر دلالة هذا السند العرفي علىٰ الحق لكون الفقهاء عاملوا الورقة العرفية معاملة الإقرار، والإقرار يجوز الرجوع فيه، ولذا يمكن الطعن في هذه الورقة العرفية بإنكارها أو تزويرها.

ب – الإشهاد:

إشهاد الشّهود علىٰ التّصرّفات وسيلة لتوثيقها، واحتياط للمتعاملين عند التّجاحد، إذ هي إخبار لإثبات حقّ -والقياس يأبىٰ كون الشّهادة حجّة في الأحكام لأنّه خبر محتمل للصّدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجّة ملزمة، ولأنّ خبر الواحد لا يوجب العلم والقضاء ملزم، فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة، فالقضاء أولىٰ. لكن ترك ذلك بالنّصوص الّتي فيها أمر للأحكام بالعمل بالشّهادة. من ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡ ﴾[البقرة: ٢٨٢] ولقد سمّىٰ النّبيّ صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ الشّهود بيّنة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم[١] فقال صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «البيّنة علىٰ المدّعي واليمين علىٰ من أنكر».[٢]

والبيّنات مرتّبة بحسب الحقوق المشهود فيها، ولا يجوز للشّاهد أن يشهد بشيء حتّىٰ يحصل له به العلم، إذ لا يجوز الشّهادة إلّا بما علم وقطع بمعرفته لا بما يشكّ فيه، ولا بما يغلب علىٰ الظّنّ معرفته.[٣]

١) معين الحكام ١/ ٢٦٩ وتبصرة الحكام ٢/ ٨٠

٢) سبق تخريجه

٣) تبصرة الحكام ٢/ ٨٥



ج – الرّهن:

الرّهن وسيلة من وسائل التّوثيق، إذ هو المال الّذي يجعل وثيقة بالدّين ليستوفي الدّائن من ثمنه إن تعذّر استيفاؤه ممّن هو عليه.(١)

والأصل فيه قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾[البقرة: ٢٨٣].

قال الجصّاص: يعني -واللّه أعلم- إذا عدمتم التّوثّق بالكتاب والإشهاد، فالوثيقة برهان مقبوضة، فأقام الرّهن في باب التّوثّق في الحال الّتي لا يصل الدّائن فيها إلىٰ التّوثّق بالكتاب والإشهاد مقامها.(٢)

ولأنّ الرّهن شرع للحاجة إلىٰ توثيق الدّين عن التواء الحقّ -أي هلاكه- بالجحود والإنكار فكان من حقّ المرتهن حبس العين الّتي ورد العقد عليها رهنا.(٣)

إذ التّوثيق إنّما يحصل إذا كان يملك حبس العين، فيحمل ذلك المدين علىٰ قضاء الدّين في أسرع الأوقات. وبالرّهن يؤمن الجحود والإنكار. ولذلك إذا حلّ أجل الدّين كان للدّائن أن يرفعه إلىٰ القاضي، فيبيع عليه الرّهن وينصفه منه إن لم يجبه الرّاهن إلىٰ ذلك.(٤)

ومن ثمّ يختصّ الرّهن بأن يكون محلاً قابلا للبيع، فلا يجوز التّوثيق برهن ما لا يجوز بيعه في الجملة، ولأنّ الرّهن وثيقة بالدّين فإنّه يتعلّق بجملة الحقّ المرهون فيه وببعضه، فإذا أدّىٰ بعض الدّين بقي الرّهن جميعه بيد المرتهن حتّىٰ يستوفي حقّه، لأنّه محبوس بحقّ فوجب أن يكون محبوسا بكلّ جزء منه.(٥)

---

١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤/ ٣٦٦ والمغني ٩/ ١١٧

٢) أحكام القرآن ٣/ ٣٢٢

٣) بدائع الصنائع ١٣/ ٣٤٧

٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/ ٢٢٣

٥) بدائع الصنائع ١٣/ ٣٤٨ والفتاوىٰ الهندية ٤٥/ ٢٦٥

وقيل: يبقىٰ من الرّهن بيد المرتهن بقدر ما يبقىٰ من الحقّ، لأنّ جميعه محبوس بجميعه فوجب أن تكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه.[١]

د - الضّمان والكفالة:

الضّمان والكفالة قد يستعملان بمعنىٰ واحد، وقد يستعمل الضّمان للدّين والكفالة للنّفس، وهما مشروعان للتّوثيق. إذ فيه ضمّ ذمّة الكفيل إلىٰ ذمّة الأصيل.[٢]

والأصل في ذلك:

١-قول اللّه تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ۝٧٢﴾[يوسف].

٢-عن سلمة بن الأكوع «أنّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أتي برجل ليصلّي عليه، فقال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم ديناران، قال: هل ترك لهما وفاء؟ قالوا: لا، فتأخّر فقيل: لم لا تصلّي عليه؟ فقال: ما تنفعه صلاتي وذمّته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه. فقام أبو قتادة فقال: هما عليّ يا رسول اللّه فصلّىٰ عليه النّبيّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».[٣]

ولأنّ الكفالة تؤمّن الدّائن عن التّوىٰ بإفلاس من عليه الدّين فإنّ الفقهاء متّفقون علىٰ أنّه إذا أعدم المضمون أو غاب أنّ الضّامن يغرم المال.[٤]

وإذا حضر الضّامن والمضمون وهما موسران:

قال أبو حنيفة والشّافعيّ وأحمد: للطّالب أن يطالب من شاء منهما، لأنّ الحقّ ثابت في ذمّة الضّامن فملك مطالبته كالأصيل وهو أحد قولين لمالك.[٥]

---

١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/ ٢٢٣

٢) الدر المختار ٥/ ٤١٤ورد المحتار ٣/ ٥٠٣والمبسوط ١٩/ ١٦٠والاختيار ١/ ٢٥

٣) سنن الترمذي ٣/ ٣٨١ رقم ١٠٦٩و سنن الدارمي ٢/ ٣٤١ رقم ٢٥٩٣

٤) مواهب الجليل ١١/ ٨٧وشرح مختصر خليل ١٧/ ٣٧٤

٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٧/ ٢٠٢ وفتح القدير شرح الهداية ١٦/ ١٦٦وشرح مختصر خليل ١٧/ ٣٣٤ والمهذب ٢/ ٢٧٩ والمجموع ١٣/ ٤٢٩ وشرح الزاد للحمد ١٤/ ١

وفي قوله الآخر: ليس له أن يطالب الكفيل مع وجود الأصيل إلّا إذا تعذّرت مطالبة الأصيل، لأنّ الكفالة للتّوثّق فلا يستوفىٰ الحقّ من الكفيل إلّا عند تعذّر استيفائه من الأصيل كالرّهن.[١]

هـ - حقّ الحبس والاحتباس:

لمّا كان المقصود من التّوثيق صيانة الحقوق والاحتياط، لذلك كان من حقّ الدّائن أن يتوثّق لحقّه بحبس ما تحت يده لاستيفاء حقّه إذا كان الدّين يتعلّق به، ولذلك صور مختلفة، منها:

١-حقّ احتباس المبيع إلىٰ قبض الثّمن، يقول ابن عابدين: للبائع حبس المبيع إلىٰ قبض الثّمن، ولو بقي منه درهم، ولو كان المبيع شيئين بصفقة واحدة وسمّىٰ لكلّ ثمنا فله حبسهما إلىٰ استيفاء الكلّ، ولا يسقط حقّ الحبس بالرّهن، ولا بالكفيل، ولا بإبرائه عن بعض الثّمن حتّىٰ تستوفىٰ الباقي.[٢]

٢-للمؤجّر حقّ حبس المنافع إلىٰ أن يتسلّم الأجرة المعجّلة، وكذلك للصّانع حقّ حبس العين بعد الفراغ من العمل حتّىٰ يستوفي حقّه إذا كان لعمله أثر في العين كالقصّار والصّبّاغ.[٣]

٣-حبس المدين بما عليه من الدّين إذا كان قادرا علىٰ أداء دينه، وماطل في الأداء، وطلب صاحب الدّين من القاضي حبسه، وللدّائن كذلك منعه من السّفر، لأنّ له ولاية حبسه.

هذه هي أشهر أنواع التّوثيق، وهناك أمور أخرىٰ يكون القيام بها توثيقا للحقّ وصيانة له. فكتابة الأحكام في السّجلّات تعتبر توثيقا لهذه الأحكام، والحجر علىٰ

---

١) شرح مختصر خليل ١٧/ ٣٣٤

٢) رد المحتار ٥/ ٦٩

٣) المحيط البرهاني ٧/ ٢٥٥

المفلس توثيق لحقوق الدّائنين.

سادسا: ما يدخله التّوثيق من التّصرّفات

كلّ تصرّف صحيح مستوف لشروطه يدخله التّوثيق إذ التّوثيق يؤكّد الحقوق لأصحابها ويسهّل لهم الوصول إليها عند التّنازع، والتّجاحد يقول الجصّاص في قوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾[البقرة: ٢٨٢] في الآية الأمر بالإشهاد إذا صحّت المداينة.[١]

وقوله تعالىٰ: ﴿وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِبُۢ بِٱلۡعَدۡلِ﴾[البقرة: ٢٨٢] فيه أمر لمن تولّىٰ كتابة الوثائق بين النّاس أن يكتبها بالعدل بينهم.

وقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يَأۡبَ كَاتِبٌ أَن يَكۡتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ ٱللَّهُ﴾[البقرة: ٢٨٢] قال الجصّاص: يعني -واللّه أعلم- ما بيّنه من أحكام العقود الصّحيحة والمداينات الثّابتة الجائزة لكي يحصل لكلّ واحد من المتداينين ما قصد من تصحيح عقد المداينة.[٢]

أمّا التّصرّفات الباطلة فالأصل فيها أنّ الإقدام عليها حرام، ويأثم فاعلها لارتكابه المعصية بمخالفته المشروع، وبالتّالي يكون توثيق هذه التّصرّفات حراما، إذ وسيلة الشّيء تأخذ حكمه، ثمّ إنّه لا فائدة من توثيق التّصرّفات الباطلة لأنّها مفسوخة شرعا، ولا يترتّب عليها آثارها كما تترتّب علىٰ التّصرّفات الصّحيحة.

سابعا: بطلان التّوثيق

يبطل التّوثيق بعدّة أمور منها:

أ - إذا كان التّوثيق ضمن تصرّف فاسد:

إذ من القواعد الفقهيّة أنّه إذا فسد المتضمّن فسد المتضمّن.

---

١) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢١٩

٢) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢٢٣



ولذلك قال الفقهاء: إذا كان الرّهن في بيع فاسد بطل الرّهن لفساد البيع حتّىٰ لا يثبت للمرتهن حقّ الحبس وللرّاهن أن يستردّه منه.(١)

ب - إذا فقدت شروط الوثائق المعروفة عند الفقهاء:

ففي الشّهادة مثلا تبطل شهادة الفاسق وشهادة من يجرّ بشهادته منفعة لنفسه أو يدفع عنها مضرّة، ومن ذلك شهادة المديان المعسر لربّ الدّين.

وفي الرّهن يشترط أن يكون المرهون محلّا قابلا للبيع وهو -كما يقول الكاساني- أن يكون موجودا وقت العقد، وأن يكون مالا مطلقا متقوّما معلوما مقدور التّسليم، فلا يجوز رهن ما ليس بموجود، ولا ما يحتمل الوجود، ولا رهن الميتة والدّم، ولا رهن صيد الحرم والإحرام.(٢)

وفي الكفالة يشترط في الكفيل أو الضّامن أن يكون ممّن يجوز تصرّفه في ماله، فيبطل ضمان الصّبيّ والمجنون، وأن يكون المكفول له معلوما لأنّ المكفول له إذا كان مجهولا لا يحصل ما شرعت له الكفالة وهو التّوثّق وغير ذلك من الشّروط.(٣)

ج - إذا كان التّوثيق مخالفا لأمر الشّرع:

فإذا كان المدين معسرا غير قادر علىٰ أداء الدّين لا يجوز حبسه لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[البقرة: ٢٨٠] كذلك لا يحبس الوالد بدين الولد لقوله تعالىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[لقمان: ١٥] وقوله: ﴿وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [البقرة: ٨٣].

---

١) مجمع الضمانات ٢/ ٣٢٦ وبدائع الصنائع ١٣/ ٣٨٤

٢) بدائع الصنائع ١٣/ ٣٨٤والفتاوىٰ الهندية ٤٥/ ٢٦٥ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام المادة (٧٠٩) ٨/ ٦٦

٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٧/ ١١٥



ثامنا: انتهاء التّوثيق.

ينتهي التّوثيق بانتهاء ما كان سببا له ومن ذلك:

أ - احتباس المبيع لأجل قبض الثّمن ينتهي بأداء الثّمن ويجب علىٰ البائع تسليم المبيع. واحتباس المرهون ينقضي بأداء الدّين ويجب فكاك الرّهن وتسليمه للرّاهن. وهكذا كلّ من كان له حقّ الاحتباس فإنّه ينتهي بأداء ما كان الاحتباس لأجله.

ب - إبراء الدّائن للمدين وبحوالة المدين للدّائن في الجملة.

ج - بالفسخ أو بالعزل كما في العقود الجائزة كالوكالة والقراض الوديعة إذ لا فائدة في التّوثيق.

د - ببيع الوثيقة كالمرهون يباع في الدّين.

هـ - بالمقاصّة في الدّيون.

و - بهلاك المعقود عليه كالمبيع إذا هلك قبل القبض.

ز - موت المكفول به في الكفالة بالنّفس.[١]

أثر التّوثيق:

أهمّ أثر للتّوثيق صيانة الحقوق لأربابها وإثباتها عند التّجاحد.

وقد يترتّب عليه بعض الآثار التّبعيّة، ومن ذلك:

أ - منع تصرّف الرّاهن في المرهون ببيع أو إجارة أو هبة، ويعتبر تصرّفا باطلا، لأنّه -كما يقول ابن قدامة- تصرّف يبطل حقّ المرتهن من الوثيقة غير مبنيّ علىٰ التّغليب والسّراية فلم يصحّ بغير إذن المرتهن.[٢]

---

١) النظام القضائي في الإسلام للمؤلف ص ١٩٠

٢) المغني ٩/ ٨١

ب - ثبوت ولاية مطالبة الكفيل بما علىٰ الأصيل، فيطالب الكفيل بالدّين بدين واجب علىٰ الأصيل، ويطالب الكفيل بالنّفس بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائبا، وإن كان غائبا يؤخّر الكفيل إلىٰ مدّة يمكنه إحضاره فيها فإن لم يحضر في المدّة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلىٰ أن يظهر عجزه له.

ج - ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره وأدّىٰ الكفيل ما علىٰ الأصيل.

د - بيع المرهون في الرّهن إذا عجز من كان عليه الدّين عن وفائه.[1]

---

١) بدائع الصنائع ٩/ ٤٣٤



الفصل الخامس

القرينـــــة

المبحث الأول
معنى القرينة لغة واصطلاحاً

أولا: القرينة لغةً

مؤنث القرين، من قرن، المصاحب. مأخوذة من قرن الشيء بالشيء، أي شده إليه ووصله به، كجمع البعيرين في حبل واحد، وكالقرن بين الحجّ والعمرة، أو كالجمع بين التمرتين أو اللّقمتين عند الأكل، وتأتي المقارنة بمعنىٰ المرافقة والمصاحبة، ومنه ما يطلق علىٰ الزوجة قرينة، وعلىٰ الزوج قرين.[١]

وجمعها قرائن، قارن الشيء يقارنه مقارنة وقرانا: اقترن به وصاحبه، وقارنته قرانا: صاحبته، وقرينة الرجل: امرأته، وسميت الزوجة قرينة لمقارنة الرجل إياها. وقرينة الكلام ما يصاحبه ويدل علىٰ المراد به. والقرين المصاحب، والشيطان المقرون بالإنسان لا يفارقه، وفي الحديث: «ما من أحد إلا وكّل به قرينه»[٢] وتمامه «قالوا: يا رسول الله وإياك؟ قال: وإيايّ إلا أن الله أعانني عليه فأسلم فلا يأمرني إلا بخير أي مصاحبه من الملائكة والشياطين».[٣]

ثانيا: القرينة اصطلاحا

في الاصطلاح: ما يدلّ علىٰ المراد من غير كونه صريحـًا. فهي أمر يشير إلىٰ المطلوب. وهي إما حالية، أو معنوية، أو لفظية.[٤]

---

١) معجم لغة الفقهاء ١/ ٣٦٢ولسان العرب ١٣/ ٣٣١

٢) رواه مسلم انظره مع شرح النووي ١٧/ ١٥٦

٣) لسان العرب (حرف النون فصل القاف)، تاج العروس (فصل القاف في باب النون)، الصحاح (مادة قرن)

٤) التعريفات للجرجاني ص١٥٢



قال الجرجاني: «القرينة: أمر يشير إلىٰ المطلوب».(١)

وما نقله العلامة ابن نجيم المصري الحنفي عن ابن الغرس من قوله: من جملة طرق القضاء القرائن الدالة علىٰ ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصيره في حيز المقطوع به.(٢)

وأيضا ما جاء في مجلة الأحكام العدلية من أن: القرينة القاطعة هي الأمارة البالغة حدّ اليقين.(٣)

هذه التعريفات وان اختلفت كلماتها إلا أنها تتفق علىٰ أن القرينة أمر أو أمارة أي علامة تدل علىٰ أمر آخر وهو المراد، بمعنىٰ أنّ هناك واقعة مجهولة يراد معرفتها فتقوم هذه العلامة أو مجموعة العلامات بالدلالة عليها، وهي لا تختلف عن المعنىٰ اللغوي لأن هذه العلامات تصاحب الأمر المجهول فتدل عليه، أي تدل عليه لمصاحبتها له.

والقرينة في مجال الإثبات هي العلامات التي تدل علىٰ الواقعة المجهولة التي يراد إثباتها عند انعدام أدلة الإثبات الأخرىٰ الأقوىٰ من إقرار أو بينة.

مثال ذلك: أن يرىٰ شخص يحمل سكينا ملطخة بالدماء وهو خارج من خربة خائفا يرتجف، فيدخل شخص أو أشخاص الخربة علىٰ الفور فيجدون آخر مذبوحا لتوه مضرجا بدمائه وليس في الخربة غيره. فالواقعة المراد إثباتها هي شخصية القاتل والعلامات التي تدل عليها هي خروج ذلك الرجل وبتلك الهيئة التي تحمل علىٰ الاعتقاد أنه القاتل، وذلك عند عدم اعترافه أو قيام البيّنة علىٰ القاتل. فالاعتراف والبينة دليلان يتناولان الواقعة المجهولة مباشرة، أما العلامات فإنها تدل عليها دلالة أي يؤخذ منه بالدلالة والاستنتاج حكم الواقعة المجهولة.

---

١) التعريفات للجرجاني ص ١٥٢

٢) البحر الرائق ٧/ ١٥٢

٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٤١)

المبحث الثاني
مشروعية القضاء بالقرينة

لم تحظ القرينة بالاتفاق علىٰ صلاحيتها كدليل لبناء الأحكام القضائية إلا أنه بالرغم مما يبدو لنا من خلاف حول تحكيم القرائن في فصل النزاع القضائي، فإن جميع المذاهب لا تخلو من إعمال القرائن في بعض المسائل حتىٰ ولو كان ذلك تحت ستار العرف والعادة. ولكن هذا التحكيم للقرائن يختلف من مذهب لآخر، فيتسع مداه لدىٰ فقهاء المالكية ومتأخري الحنابلة ويتوسط لدىٰ الحنفية ويضيق عند فقهاء الشافعية والظاهرية.

قال ابن فرحون رَحِمَهُٱللَّهُ في التبصرة ناقلاً عن الإمام ابن العربيّ الفقيه المالكيّ قوله: علىٰ الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت، فما ترجح منها مضىٰ بجانب الترجيح، وهو قوة التّهمة، ولا خلاف في الحكم بها، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفقت عليها المذاهب الأربعة، وبعضها قال به المالكية خاصةً.[1]

وقبل أن نعرض أمثلة توضح أخذ المذاهب المختلفة بالقرائن نطرح أولا أدلة الفريقين، القائلين بتحكيم القرائن والمانعين لها.

أدلة القائلين بالقرينة:

أولا: القرآن الكريم

لعل من نافلة القول أن نذكر أنه ليس في القرآن الكريم نص قطعي الدلالة علىٰ اعتبار القرينة في الأحكام أو عدم اعتبارها، ولكن القائلين بالقرينة قد استنبطوا اعتبارها بدلالة ظنية لبعض النصوص في القرآن الكريم ورأوا جواز الأخذ بها.

---

١) تفسير القرطبي ٩/ ١٥٠ وأضواء البيان في تفسير القرآن ٥/ ٨٧ وتبصرة الحكام ٤/ ١٧١ ومعين الحكام ٢/ ٣٠٤



والآيات التي استنبط منها الفقهاء جواز الأخذ بالقرينة في الأحكام هي:

١-قوله تعالىٰ: ﴿ وَجَآءُو عَلَىٰ قَمِيصِهِۦ بِدَمٍ كَذِبٍۚ قَالَ بَلۡ سَوَّلَتۡ لَكُمۡ أَنفُسُكُمۡ أَمۡرٗاۖ فَصَبۡرٞ جَمِيلٞۖ وَٱللَّهُ ٱلۡمُسۡتَعَانُ عَلَىٰ مَا تَصِفُونَ ١٨ ﴾[يوسف].

قال القرطبيّ في تفسيره: إنهم لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله بهذه العلامة علامةً تعارضها، وهي سلامة القميص من التمزيق، إذ لا يمكن افتراس الذّئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص، وأجمعوا علىٰ أن يعقوب عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ استدل علىٰ كذبهم بصحة القميص، فاستدل العلماء بهذه الآية علىٰ إعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه.[1]

٢-قوله تعالىٰ: ﴿ وَٱسۡتَبَقَا ٱلۡبَابَ وَقَدَّتۡ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٖ وَأَلۡفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلۡبَابِۚ قَالَتۡ مَا جَزَآءُ مَنۡ أَرَادَ بِأَهۡلِكَ سُوٓءًا إِلَّآ أَن يُسۡجَنَ أَوۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ٢٥ قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِيۚ وَشَهِدَ شَاهِدٞ مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٖ فَصَدَقَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ فَكَذَبَتۡ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٢٧ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٖ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيۡدِكُنَّۖ إِنَّ كَيۡدَكُنَّ عَظِيمٞ ٢٨ ﴾[يوسف] إنه لما نشب النزاع بين يوسف عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ وامرأة العزيز التي قذفته بما قذفته من إرادة الفاحشة، قال يوسف عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ مكذبا لها، ودفعا لما نسب إليه، ﴿ قَالَ هِيَ رَٰوَدَتۡنِي عَن نَّفۡسِي ﴾ فعند ذلك جاء دور الشاهد الذي وصفه القرآن الكريم بأنه من أهلها والذي فصل الخطاب بما ذكره من القرائن التي بان بها الحق وانفض بها النزاع. والقرائن التي ذكرها الشاهد هي أنه إذا كان قميص يوسف قدّ من القبل فالمرأة صادقة في دعواها بأنه هو الذي أرادها، أما إذا كان قدّ من دبر فهي كاذبة ويوسف بريء من التهمة. والحاصل أن القميص قدّ من دبر، وهذا دليل إدباره عنها وهو دليل براءته.[2]

---

١) تبصرة الحكام ٤/ ١٦٦ وأنور البروق في أنواع الفروق ٧/ ٤٧٤

٢) أحكام القرآن ٣/ ١٠٧٣، تفسير الطبري ١٢/ ١١٦، تفسير الرازي ٥/ ١٧٩

٣- قوله تعالىٰ: ﴿تَعۡرِفُهُم بِسِيمَٰهُمۡ﴾[البقرة: ٢٧٣] فدل علىٰ أن السيماء المراد بها حال يظهر علىٰ الشخص حتىٰ إذا رأيناه ميتا في دار الإسلام وعليه زنار، وهو غير مختون لا يدفن في مقابر المسلمين، ويقدم ذلك علىٰ حكم الدار في قول أكثر العلماء.[١]

ثانيا: السنة الشريفة وعمل الصحابة رضوان الله عليهم

احتجّ القائلون بالقرينة في الأحكام بآثار كثيرة وردت عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ وصحابته، ومن هذه الآثار:

١-عن أبي هريرة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قال: «بينما امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرىٰ: إنما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلىٰ داود عَلَيۡهِٱلسَّلَامُ فقضىٰ به للكبرىٰ فخرجتا علىٰ سليمان بن داود عليهما السلام فأخبرتاه فقال: ائتوني بالسكين أشقّه بينكما، فقالت الصغرىٰ: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها، فقضىٰ به للصغرىٰ».[٢]

فاستدل بقرينة رضا الكبرىٰ أن يشقّه نصفين وعدم شفقتها عليه أنه ليس ابنها، بينما أشفقت الصغرىٰ وامتنعت عن الدعوىٰ حتىٰ لا يذهب الطفل، فهذا يدل علىٰ أنه ابنها إذ أن الله أودع في قلوب الأمهات الشفقة علىٰ أبنائهن.

٢-ما روي عن جابر بن عبدالله رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ قال: «أردت السفر إلىٰ خيبر، فقال لي رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: إذا جئت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقـًا فإذا طلب منك آية فضع يدك علىٰ ترقوته».[٣] فأقام العلامة مقام الشهادة.

---

١) تفسير القرطبي ٣/ ٣٤١ وتفسير اللباب لابن عادل ٣/ ٣٢٩

٢) صحيح البخاري ٤/ ١٠٤، كتاب الفرائض

٣) سنن أبىٰ داود ٣/ ٣٥١

٣-عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تنكح الأيّم حتىٰ تستأمر ولا تنكح البكر حتىٰ تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: إذنها صمتها. أو قال: أن تسكت»[١] فجعل عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ صمتها قرينة علىٰ الرضا.

٤-أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حينما صالح يهود خيبر كان لحي بن أخطب مال كثير فأخفوه عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فسألهم عنه؟ فقال ابن أبي الحقيق عم حيّ ابن أخطب: أذهبته الحروب والنفقات، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العهد قريب والمال أكثر من ذلك»، ثم دفعه إلىٰ الزبير فضربه حتىٰ أقر بمكان المال.[٢] فيظهر اعتماده صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علىٰ الأمارات وشواهد الحال قرب العهد وكثرة المال.

٥-عن زيد بن خالد الجهني أن رجلا سأل رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن اللقطة فقال: «عرِّفها سنة ثم اعرف وكاءها ووعاءها وعفاصها ثم استنفع بها فإن جاء ربها فأدها إليه»[٣] فأمر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الملتقط أن يدفع اللقطة إلىٰ صاحبها بمجرد الوصف لأن وصفه لها بما يطابق الواقع قرينة علىٰ ملكيته.

٦-أن ابني عفراء لما تداعيا قتل أبي جهل قال لهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هل مسحتما سيفيكما؟ قالا: لا. قال: فأرِياني سيْفيكُمَا، فلما نظر فيهما قال لأحدهما: هذا قتله وقضىٰ له بسلبه».[٤]

٧- أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكم بالقافة وجعلها من أدلة ثبوت النسب وليس فيها إلا مجرد العلامات والأمارات.

---

١) صحيح البخاري كتاب (النكاح) ٣/ ٢٠٧

٢) السيرة النبوية لابن هشام ٣/ ٣٣٧ قال في فتح الباري: أخرجه البيهقي بإسناد رجاله ثقات، انظر فتح الباري ٧/ ٣٨٦

٣) رواه الترمذي وقال: حسن صحيح، سنن الترمذي٦/ ١٧٣ ط الصاوي- مصر وتبصرة الحكام ٤/ ١٦٩

٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٢/ ٦٢

٨- حكم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ برجم المرأة التي ظهر حملها ولا زوج لها ولا سيد. كما ورد في المتفق عليه قوله في شأن الرجم: (وإن الرجم حق في كتاب الله علىٰ من زنىٰ إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف).[1]

٩- حكم عمر بن الخطاب وابن مسعود وعثمان رضي الله تعالىٰ عنهم، ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحد علىٰ من وجد من فيه رائحة الخمر أو قاءها اعتمادا علىٰ القرينة الظاهرة، وهو مذهب مالك رضي الله تعالىٰ عنه.[2]

أدلة المانعين:

تتركز حجة هؤلاء في خطورة الأخذ بالقرائن لما يحوطها من الاحتمالات من شأنها أن تؤدي إلىٰ القصاص من متهم بريء، أو إنزال العقوبة علىٰ شخص لا يستحق العقاب.

ومن الآثار الواردة في هذا المعنى:

١-ما روي أنه أتي برجل وجد في خربة بيده سكين ملطخة بدم، وبين يديه قتيل يتشحط في دمه، فسأله علي رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ فقال: أنا قتلته، قال علي: اذهبوا به فاقتلوه، فلما ذهبوا به أقبل رجل مسرعـًا، فقال: يا قوم لا تعجلوا ردّوه إلىٰ علي، فردوه، فقال الرجل: يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبه أنا قتلته، فقال علي للأول: ما حملك علىٰ أن قلت: أنا قتلته ولم تقتله؟ قال: يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أصنع وقد وقف العسس علىٰ الرجل يتشحَّط في دمه وأنا واقف وفي يدي سكين وفيها أثر الدم، وقد أخذت في خربة، فخفت ألا يقبل مني وأن يكون قسامة

---

١) بلوغ المرام مع سبل السلام ٤/ ٨

٢) أنوار البروق في أنواع الفروق ٧/ ٤٧٥ وتبصرة الحكام ٢/ ٨١ و٤/ ١٦٦ الموطأ مع المنتقىٰ ٣/ ١٤٢ ط السعادة مصر، وانظر صحيح مسلم مع شرح النووي١١/ ٢١٦

فاعترفت بما لم أصنع واحتسبت نفسي عند الله، فقال علي: بئسما صنعت فكيف كان حديثك؟ قال: إني رجل قصاب وخرجت إلىٰ حانوتي في الغلس فذبحت بقرة وسلختها، فبينما أنا أصلحها والسكين في يدي أخذني البول في خربة كانت بقربي فدخلتها، فقضيت حاجتي، وعدت أريد حانوتي فإذا أنا بهذا المقتول يتشحط في دمه، فراعني أمره فوقفت أنظر إليه والسكين في يدي، فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا وأخذوني فقال الناس: هذا قتل هذا ما له قاتل سواه، فأيقنت أنك لا تترك قولهم لقولي، فاعترفت بما لم أجنه، فقال علي للمقر الثاني: فأنت كيف قصتك؟ فقال: أغواني الشيطان فقتلت الرجل طمعـًا في ماله، ثم سمعت حس العسس، فخرجت من الخربة واستقبلت هذا القصاب علىٰ الحال التي وصف فاستترت منه ببعض الخربة حتىٰ أتىٰ العسس فأخذوه وأتوك به، فلما أمرت بقتله علمت أني سأبوء بدمه أيضا، فاعترفت بالحق. فقال للحسين رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: ما الحكم في هذا؟ قال: يا أمير المؤمنين إن كان قد قتل نفسـًا فقد أحيا نفسـًا، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] فخلّىٰ عليّ عنهما، وأخرج دية القتيل من بيت المال.[1]

٢-عن علقمة بن وائل عن أبيه: «أن امرأة وقع عليها رجل في سواد الصبح وهي تعمد إلىٰ المسجد بمكروه من نفسها، فاستغاثت برجل مرّ عليها وفر صاحبها، ثم مرّ ذوو عَدد فاستغاثت بهم، فأدركوا الرجل الذي كانت استغاثت به فأخذوه، وسبقهم الآخر، فجاءوا به يقودونه إليها فقال: أنا الذي أغثتك وقد ذهب الآخر، فأتوا به النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال الرجل: إنما كنت أغثتها علىٰ صاحبها فأدركني هؤلاء فأخذوني، فقالت: كذب، هو الذي وقع عليَّ، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: انطلقوا به فارجموه، فقام رجل فقال: لا ترجموه فارجموني فأنا

---

١) الطرق الحكمية ص ٦٧

الذي فعلت بها الفعل، واعترف، فاجتمع ثلاثة عند رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الذي وقع عليها والذي أغاثها والمرأة. فقال: أما أنت فقد غفر لك، وقال للذي أغاثها قولا حسنا. فقال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أرجم الذي اعترف بالزنا، فأبىٰ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: لا. لأنه قد تاب، وفي رواية فقالوا: يا رسول الله أرجمه، فقال: لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم».[1]

---

١) رواه أبو داود في سنه ٤/ ٢٣٣ مع حاشيته عون المعبود

المبحث الثالث

أنواع القرائن

القرائن القاطعة وغير القاطعة:

إن من القرائن ما يقوىٰ حتىٰ يفيد القطع، ومنها ما يضعف، ويمثّلون لحالة القطع بمشاهدة شخص خارج من دار خالية خائفـًا مدهوشـًا في يده سكّين ملوثة بالدم، فلما وقع الدّخول للدار رئي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت يتشخط في دمائه، فلا يشتبه هنا في كون ذلك الشخص هو القاتل، لوجود هذه القرينة القاطعة.

أما القرينة غير قطعية الدلالة ولكنها ظنّية أغلبية، ومنها القرائن العرفية أو المستنبطة من وقائع الدعوىٰ وتصرّفات الخصوم، فهي دليل أوليّ مرجّح لزعم أحد المتخاصمين مع يمينه متىٰ اقتنع بها القاضي ولم يثبت خلافها وقد درجت مجلة الأحكام العدلية علىٰ اعتبار القرينة القاطعة أحد أسباب الحكم في المادة (١٧٤٠) وعرفتها بأنها الأمارة البالغة حد اليقين وذلك في المادة (١٧٤١) مثلاً إذا خرج أحدٌ من دار خالية خائفـًا مدهوشـًا وفي يده سكين ملوثة بالدم فدخل في الدار ورؤي فيها شخصٌ مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفتُ إلىٰ الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص المذكور ربما قتل نفسه.

الفرق بين القرينة والفراسة:

بناء علىٰ ما قدمنا من تعريف للقرينة، وبناء علىٰ ما قدمنا من قول في الفراسة فيمكن تلخيص الفرق بين القرينة والفراسة في النقاط التالية:

أولا: أن القرينة علامة ظاهرة مشاهدة بالعيان، كمن يرىٰ رجلا مكشوف الرأس وليس ذلك من عادته يعدو وراء آخر هاربـًا وبيد الهارب عمامة وعلىٰ رأسه عمامة، فهذه قرينة مشاهدة بالعين الحسية ودلالتها كما يقول العلماء واضحة

علىٰ أن العمامة للرجل مكشوف الرأس، ولا يقال عمن يرىٰ هذه العلامة ويستنتج هذا الحكم إنه متفرس.

ثانيا: أن رؤية القرينة لا تتطلب مواصفات معينة في الرائي، كصدق الإيمان وصفاء الفكر وحّدة الذكاء، وذلك لأن خطوات الاستنتاج فيها ظاهرة واضحة، حتىٰ أن الدقيق منها كتلك التي تقوم علىٰ التجارب العلمية لها أسسها وضوابطها وقانونها الذي يسهل الاطلاع عليه ومعرفته، أما الفراسة فهي تتطلب مواصفات معينة في المتفرّس، صدق إيمان أو حّدة ذكاء وصفاء فكر، وذلك لأن خطوات الاستنتاج فيها مستترة خفية.

ثالثا: إنه يمكن أن تقام البيّنة علىٰ وقوع القرينة ويتأكد القاضي من ثبوتها ففي المثال المتقدّم قد يشهد اثنان أو أكثر علىٰ رؤية الواقعة، أما الفراسة فلا يتوفر فيها ذلك، فلا يستطيع أحد الشهادة عليها وإن صحّ وقوعها علىٰ قلب اثنين أو أكثر فتلك حالة نادرة.

رابعا: القرينة قد تصلح دليلاً لبناء الأحكام القضائية ومستنداً للقاضي في فصل النزاع، أما الفراسة فلا يصح الحكم بها علىٰ قول جمهور الفقهاء خلافـًا لابن القيم.



الفصل السادس

الخبـــــرة

المبحث الأول
التعريف في اللغة والاصطلاح

الخبرة في اللّغة -بكسر الخاء وضمّها- العلم بالشّيء، ومعرفته علىٰ حقيقته، من قولك: خبرت بالشّيء إذا عرفت حقيقة خبره. ومثله الخبر والخبر، والمخبرة.(١)

والخبير بالشّيء، العالم به صيغة مبالغة، مثل عليم، وقدير، وأهل الخبرة ذووها واستعمل في معرفة كنه الشّيء وحقيقته، قال اللّه تعالىٰ: ﴿فَسْـَٔلْ بِهِۦ خَبِيرًا ﴿٥٩﴾﴾ [الفرقان]، والخبير اسم من أسماء اللّه تعالىٰ. وهو العالم بكنه الشّيء المطّلع علىٰ حقيقته.

ولا يخرج المعنىٰ الاصطلاحيّ عن المعنىٰ اللّغويّ.

وقد عبّر بعض الفقهاء عن الخبرة بلفظ البصيرة، كما عبّروا عنها بلفظ المعرفة.(٢)

---

١) لسان العرب ٤/ ٢٢٦والصحاح في اللغة ١/ ١٦١وتاج العروس ١/ ٣٧٤٣

٢) المصباح المنير ١/ ٣١٨

المبحث الثاني
الألفاظ ذات الصلة

أ - العلم والمعرفة:

أوّلاً: العلم

يطلق العلم علىٰ معان: منها ما يصير به الشّيء منكشفـًا، ومنها الصّورة الحاصلة من الشّيء عند العقل، ومنها الإدراك، ومنها الاعتقاد الجازم المطابق للواقع.

ثانياً: المعرفة

أمّا المعرفة فهي إدراك الشّيء علىٰ ما هو عليه، وهي مسبوقة بجهل، بخلاف العلم. والفرق بينهما وبين الخبرة، أنّ الخبرة العلم بكنه المعلومات علىٰ حقائقها، ففيها معنىً زائد علىٰ العلم والمعرفة.

ب – التّجربة

التّجربة مصدر جرّب، ومعناه الاختبار مرّةً بعد أخرىٰ، وعلىٰ ذلك فالتّجربة اسم للاختبار مع التّكرار، لأنّها من التّجريب الّذي هو تكرير الاختبار والإكثار منه، ولا يلزم في الخبرة التّكرار.

ج - البصر أو البصيرة

البصيرة لغةً: العلم والخبرة، يقال: هو ذو بصر وبصيرة، أي ذو علم وخبرة.[1]

ويعرف المعنىٰ الاصطلاحيّ ممّا أورد ابن عابدين في أنّ القاضي يرجع في تقدير القيمة إلىٰ أهل البصيرة وهم أهل النّظر والمعرفة في قيمة الشّيء.[2]

---

١) المصباح المنير ١/ ٣١٨

٢) الدر المختار ٧/ ٣٠٥ وتكملة حاشية رد المحتار ١/ ٣٠٥ والبحر الرائق ٧/ ٥٢٤ ومجمع الضمانات ١/ ٧٢

د – القيافة

القيافة مصدر قاف الأثر قيافةً إذا تتبّعه. والقائف هو من يعرف الآثار ويتتبّعها، ويعرف شبه الرّجل بأخيه، وأبيه، والجمع القافة. وتستعمل في اصطلاح الفقهاء في نفس المعنىٰ.

قال في المغني: القافة قوم يعرفون الإنسان بالشّبه.(١)

هـ - الحذق:

الحذق المهارة، يقال: حذق الصّبيّ القرآن والعمل يحذقه حذقًا وحذقًا إذا مهر فيه، وحذق الرّجل في صنعته أي مهر فيها، وعرف غوامضها ووقائعها. فالحذق يستعمل في المهارة في الصّنعة غالبًا، وهو لهذا الاعتبار أخصّ من الخبرة.(٢)

و- الفراسة:

الفراسة بكسر الفاء هي التّثبّت والتّأمّل للشّيء والبصر به، يقال: إنّه لفارس بهذا الأمر إذا كان عالمًا به.(٣)

وفي الحديث: «اتّقوا فراسة المؤمن».(٤)

ويقول ابن الأثير: الفراسة إمّا أن تكون بإلهام من اللّه تعالىٰ، أو تتعلّم بالدّلائل والتّجارب والخلق والأخلاق فتعرف به أحوال النّاس.(٥)

---

١) المغني ١٢/ ٤٧٤ ومطالب أولي النهىٰ ١٢/ ٢٤٥
٢) المصباح المنير ٢/ ٣٢٠ ولسان العرب ١٠/ ٤٠ وتاج العروس ١/ ٦٢٣٩
٣) الفائق في غريب الحديث والأثر ١/ ٣٣٧ ولسان العرب ٦/ ١٥٩
٤) سنن الترمذي ٥ / ٢٩٨ رقم ٣١٢٦ والمعجم الكبير ٨ / ١٠٢ رقم ٧٤٩٧
٥) النهاية في غريب الحديث ٣/ ٨٢٢

المبحث الثالث

حكم الخبرة

تكلّم الفقهاء عن الخبرة واعتمدوا علىٰ قول أهل الخبرة في كثير من الأحكام الفقهيّة ويختلف حكمها تبعاً لموطنها وبيان ذلك:

أولا: الخبرة في التزكية

ذهب جمهور الفقهاء إلىٰ أنّ القاضي إذا لم يعرف حال الشّهود يجب أن يطلب من يزكّيهم عنده ليعلم عدالتهم، لقوله تعالىٰ: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَآءِ﴾[البقرة: ٢٨٢] وأكثر الفقهاء علىٰ أنّ تزكية السّرّ ضروريّة في هذه الحالة. ويرىٰ بعضهم تزكية الشّاهد، التّزكية العلانية أيضاً.(١)

وتزكية الشّهود تكون باختيار القاضي من هم أوثق النّاس عنده، وأورعهم ديانةً، وأدراهم بالمسألة وأكثرهم خبرةً، وأعلمهم بالتّمييز فطنةً، فيكتب لهم أسماءً وأوصاف الشّهود، ويكلّفهم تعرّف أحوالهم ممّن يعرفهم من أهل الثّقة والأمانة، وجيرانهم ومؤتمني أهالي محلّتهم، وأهل الخبرة بهم، وممّن ينسبون إليه من معتمدي أهل صنعتهم، أي نقيب الحرفة مثلاً. فإذا كتبوا تحت اسم كلّ منهم: عدل، ومقبول الشّهادة يحكم بشهادتهم وإلاّ فلا.

ثانيا: الخبرة في القسمة

القسمة تحتاج إلىٰ قاسم، وقد يتولّىٰ القسمة الشّركاء أنفسهم إذا كانوا ذوي أهليّة وملك وولاية، فيقسمون المال بينهم بالتّراضي، وقد يتولّىٰ القسمة غير

---

١) الدر المختار ٥/ ١٢ ورد المحتار ٦/ ٩وتكملة حاشية ابن عابدين ١/ ٤٩٥ والمبسوط ١٦/ ٩١ والتاج والإكليل ١١/ ١٢٣ والشرح الكبير للدردير ٤/ ١٧١ وحاشية الدسوقي علىٰ الشرح الكبير ١٧/ ٢٠٦ وحاشية الصاوي علىٰ الشرح الصغير ٩/ ٤٢٤



الشّركاء ممّن يعيّنونه أو ينصّبه الحاكم.

واتّفق الفقهاء علىٰ أنّه يشترط في القاسم بجانب سائر الشّروط أن يكون أمينـًا، عالمـًا بالقسمة، عارفـًا بالحساب والمساحة، ليوصل إلىٰ كلّ ذي حقّ حقّه، لأنّها من جنس عمل القضاء، ولا بدّ من الاعتماد علىٰ قوله، والقدرة علىٰ القسمة، وذلك بالأمانة والعلم.[1]

ولا فرق في هذا الشّرط بين القاسم الّذي عيّنه الشّركاء، والّذي نصبه الإمام عند جمهور الفقهاء، خلافـًا للشّافعيّة حيث قالوا لا يشترط ذلك في منصوب الشّركاء لأنّه وكيل عنهم.[2]

ولا يشترط أن يكون القاسم متعدّداً، فيكفي أن يكون شخصًا واحدًا ذا معرفة وخبرة عند جمهور الفقهاء، لأنّ طريقه الخبر عن علم يختصّ به قليل من النّاس، كالقائف والمفتي والطّبيب، إلاّ إذا كان في القسمة تقويم للسّلعة فيجب أن يقوم بذلك قاسمان، لأنّ التّقويم شهادة بالقيمة فيشترط فيه التّعدّد.[3]

ثالثا: خبرة القائف

القائف من يعرف الآثار ويتتبّعها، ويعرف شبه الرّجل بأخيه وأبيه.[4]

ذهب الجمهور خلافـًا للحنفيّة إلىٰ أنّه يعمل بقول القائف في ثبوت النّسب إذا كان خبيراً مجرّبـًا، ولم توجد لإثبات نسب الطّفل بيّنة، أو تساوت بيّنة الطّرفين.[5]

---

١) بدائع الصنائع ١٤/ ٤٧٠ وتبيين الحقائق ١٦/ ١٠٤ ولبحر الرائق ٨/ ٢٦٩ والمهذب ٤/ ٣٩١ والمجموع ٢٠/ ١٧٢ وشرح الزاد للحمد ٣٠/ ٣٧

٢) مغني المحتاج ١٩/ ٢٨٧ وحاشية الجمل ٢٣/ ٢٣٠ وحاشية قليوبي وعميرة ١٧/ ٣٥ وحاشية البيجرمي علىٰ المنهج ١٦/ ٣٨٧

٣) شرح مختصر خليل للخرشي ١٩/ ١٨٧

٤) عمدة القاري ١٦ / ١٠٩

٥) شرح مختصر خليل ١٣/ ٤٢١ والأم ٦/ ٢٦٥ ومطالب أولي النهىٰ ١٢/ ٢٣٨

وقد ورد في الأخذ بقول القائف أحاديث منها: حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «دخل رسول اللّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عليّ ذات يوم وهو مسرور فقال: يا عائشة ألم تري أنّ مجزّزاً المدلجيّ دخل عليّ فرأىٰ أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطّيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إنّ هذه الأقدام بعضها من بعض».[١]

ويكفي قائف واحد في إلحاق النّسب لأنّه كحاكم، فيكفي مجرّد خبره.[٢]

رابعا: الخبرة في التّقويم

اتّفق الفقهاء علىٰ الأخذ بقول أهل الخبرة من التّجّار، وأهل الصّنعة في قيمة المتلفات وأروش الجنايات، وقيمة العرض المسروق، وقيم السّلع المبيعة، أو المأجورة لإثبات العيب، أو الجور، أو الغرر ونحوها.

خامسا: الخبرة في معرفة العيوب الموجبة للخيار

اتّفق الفقهاء علىٰ أنّه إذا وجد في المبيع عيب قديم لا يمكن إزالته فللمشتري أن يفسخ البيع ويستردّ الثّمن.[٣]

ومع تفصيلهم وخلافهم في وضع ضابط للعيب الموجب للرّدّ، فإنّ جمهور الفقهاء علىٰ أنّ المرجع في معرفة العيب وقدمه قول أهل الخبرة، فقد جاء في المجلّة: العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التّجّار وأرباب الخبرة[٤] ونقصان الثّمن يكون معلومـًا بإخبار أهل المعرفة.

سادسا: خبرة الطّبيب والبيطار

اتّفق الفقهاء علىٰ أنّه يرجع إلىٰ الأطبّاء ممّن لهم خبرة في معرفة العيوب

---

١) صحيح البخاري ٣/ ١٣٦٥ رقم ٣٥٢٥ وصحيح مسلم ٢/ ١٠٨١ رقم ١٤٥٩
٢) مطالب أولي النهىٰ ١٢/ ٢٣٨ وشرح منتهىٰ الإرادات ٧/ ١١٧ والإنصاف ١٤/ ٢٤٣
٣) البحر الرائق ٧/ ٢٦٣
٤) المادة ٣٣٨

المتعلّقة بالرّجال والنّساء، وفي معرفة الشّجاج والجراح وتحديد أسمائها من الموضحة، والدّامية، والدّامغة ونحوها.

قال ابن فرحون: ويرجع إلىٰ أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه، وهم الذين يتولون القصاص فيشقون في رأس الجاني أو في بدنه مثل ذلك، ولا يتولىٰ ذلك المجني عليه، قالوا: وكذلك يرجع إلىٰ أهل المعرفة من النساء في قياس الجرح وقدره إذا كان مما تجوز فيه شهادة النساء.[1]

كما اتّفقوا علىٰ الأخذ بقول البياطرة ممّن له خبرة في عيوب الدّوابّ.[2]

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ ذلك من خلال المادة (٩٠) والتي جاء فيها [يثبت الجنون والعته والامراض التي توجب فسخ النكاح في دعوىٰ الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة واذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً علىٰ الطمأنينة يحال الأمر الىٰ طبيب آخر أو أكثر].

---

١) تبصرة الحكام ٤/ ٨

٢) تبصرة الحكام ٤/ ٨٩

المبحث الرابع
عدد أهل الخبرة

الأصل أنّ قول أهل الخبرة إن كان علىٰ جهة الشّهادة يجب فيه اثنان عند جمهور الفقهاء، إلاّ إذا لم يقدر علىٰ اثنين.

وإن كان علىٰ جهة الإخبار والرّواية فلا يجب فيه التّعدّد ويكفي فيه المخبر الواحد ولو كان غير مسلم، ومن هذا القبيل أهل المعرفة في العيوب، ومنهم الطّبيب والبيطار، والخارص، والقائف، والقسّام، وقائس الشّجاج ونحوهم.

المبحث الخامس
اختلاف أهل الخبرة

إذا اختلف أهل الخبرة في التّقويم، أو الخرص، أو العيب في المبيع، أو نحو ذلك فللفقهاء في كلّ مسألة آراء تنظر في مواضعها، وفيما يلي أمثلة منها:

أ - ذكر الحنفيّة أنّه إذا اختلف التّجّار، أو أهل الخبرة في وجود العيب في المبيع، فقال بعضهم إنّه عيب، وقال الآخرون لا، فليس للمشتري الرّدّ، إذ لم يكن عيباً بيّناً عند الكلّ.[١]

وعند المالكيّة: في اختلاف شهود البائع والمشتري في تعيّب السّلعة وقدم العيب فيها رأيان: الأخذ بأعدل البيّنتين، وترجيح بيّنة المبتاع.

ب - إذا اختلف المقوّمون للسّرقة فقال بعضهم: لا تبلغ قيمتها ثلاثة دراهم، وقال غيرهم: قيمتها ثلاثة دراهم جاء في التبصرة: إذا اجتمع عدلان من أهل البصر علىٰ أنّ قيمتها ثلاثة دراهم قطع وكذا قال مالك في سماع عيسىٰ: إذا اجتمع علىٰ السّرقة رجلان، لم يلتفت إلىٰ من خالفهما، ثمّ قال في آخر المسألة نقلاً عن مالك: إن دعي أربعة فاجتمع رجلان علىٰ قيمة قال: ينظر القاضي إلىٰ أقرب التّقويم إلىٰ السّداد، بأن يسأل من سواهم حتّىٰ يتبيّن له السّداد من ذلك.[٢]

وقد أشار قانون أصول المحاكمات الشرعية إلىٰ ذلك من خلال المادة (٩٠) والتي جاء فيها [يثبت الجنون والعته والامراض التي توجب فسخ النكاح في دعوىٰ الحجر وفسخ النكاح بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة واذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثاً علىٰ الطمأنينة يحال الأمر الىٰ طبيب آخر أو أكثر].

---

١) شرح القواعد الفقهية ١/ ٣٥ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤/ ١٣٥

٢) تبصرة الحكام ٤/ ٨٣

طريقة إجراء الخبرة:

أشار إلىٰ طريقة إجراء الخبرة قانون أصول المحاكمات الشرعية وبيان ذلك:

١-إذا أنكر أحد الطرفين أو ورثته التوقيع أو الخاتم المنسوبين إليه أو أصَر هو أو ورثته علىٰ السكوت لدىٰ السؤال عنهما أو قال الورثة لا نعلم إن كان خاتمه أو توقيعه فعلىٰ القاضي أن يقرر إجراء معاملة التطبيق ويطلب إلىٰ الفريقين انتخاب خبير أو أكثر فإن لم يتفقا تولىٰ بنفسه أمر الانتخاب وأدرج في قراره حالة المستند المختلف عليه وأسماء الخبراء وكيفية انتخابهم.[1]

٢- تعتبر البصمة في حكم الخاتم ويجري فيها التطبيق عند الإنكار بمعرفة الخبير الفني إن وجد أو الخبراء وفق الأصول المدرجة في هذا الفصل.[2]

٣- يجتمع الخبراء في الزمان والمكان المعينين من القاضي ويباشرون العمل تحت إشرافه أو إشراف نائبه وبحضور الطرفين علىٰ الوجه الاتي:

١- إذا اتفق الطرفان علىٰ الأوراق التي ستتخذ أساساً ومقياساً للتطبيق عمل باتفاقهما وإلَا فتعتبر الأوراق التالية صالحة للتطبيق والمضاهاة:

أ- التي وقع عليها المنكر بإمضائه أو خاتمه أمام احدىٰ المحاكم أو الكاتب العدل أو دائرة التسجيل.

ب- التي وقع عليها خارج الدوائر الحكومية المختصة واعترف بهذا التوقيع أمام إحدىٰ المحاكم أو الكاتب العدل أو الدائرة الحكومية المختصة.

ج- الأوراق الرسمية التي كتبها ووقعها وهو في الوظيفة.

د- المستندات العرفية التي يعترف المنكر بحضور القاضي والخبراء أن التوقيع أو الخاتم الموضوع عليها هو توقيعه أو خاتمه.

---

١) انظر المادة (٧٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) انظر المادة (٧٩) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢- الخاتم أو التوقيع الموقع بها سند عرفي ينكره المدعي لا يجوز اعتباره أساساً صالحاً للتطبيق وإن حكمت إحدىٰ المحاكم في دعوىٰ سابقة بناء علىٰ تقرير الخبراء أنَه خاتمه أو توقيعه.[١]

٤- علىٰ المدعي إحضار الأوراق التي تقرر اتخاذها اساساً للتدقيق في الوقت والمكان المعينين لاجتماع الخبراء سواء أكانت تلك الأوراق في يد أحد موظفي الحكومة أو الأفراد الآخرين وإذا أظهر عجزه عن إحضارها تولىٰ القاضي طلبها بالطرق الرسمية.[٢]

٥- اذا تعذر الحصول علىٰ أوراق يمكن اتخاذها اساساً للتحقيق والمضاهاة يستكتب الشخص الذي انكر خطه أو امضاءه عبارات يمليها عليه الخبراء وتجري عليها معاملة التطبيق.[٣]

٦- علىٰ الخبراء بعد الانتهاء من معاملة التطبيق والمضاهاة أن ينظموا تقريراً يوضحون فيه اجراءات التحقيق الذي قاموا به ويقرروا من حيث النتيجة هل التوقيع أو الخاتم المنكران هما للمدعي عليه أم لا معززين رأيهم بالعلل والاسباب ويصدق هذا التقرير من القاضي أو نائبه ويوقع من الخبراء ويقدم مع المستند المنازع فيه الىٰ المحكمة.[٤]

٧- أ- لطرفي الدعوىٰ ان يتفقا علىٰ انتخاب اهل الخبرة في الامور التي تحتاج الىٰ خبرة كتعيين مقدار النفقة والاجور ونحوها فان لم يتفقا أو كان المدعىٰ عليه غائباً تعين المحكمة خبيرين ويؤخذ برأيهما اذا اتفقا وحال اختلافهما تضم اليهما ثالثاً وعندها يؤخذ برأي الاكثرية.

---

١) انظر المادة (٨٠) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) انظر المادة (٨١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٣) انظر المادة (٨٢) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٤) انظر المادة (٨٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

ب- علىٰ المحكمة ان تبين في قرارها الاسباب الداعية لإجراء الكشف والخبرة والغاية من ذلك مع تحديد مهمة الخبير ومقدار النفقات وتعيين الطرف المكلف بدفعها.

ج- اذا تم انتخاب الخبراء من الخصوم وغاب المدعىٰ عليه بعد انتخابهم فللمحكمة الاستماع لخبرتهم ولها الاخذ بها.

د- تحلف المحكمة الخبير اليمين التالية: (اقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي بصدق وأمانة).(١)

٨- يجوز رد اهل الخبرة اذا كان الخبير ممن لا تقبل شهادته شرعـًا لأحد الخصوم.(٢)

٩- لا يقبل من أحد الخصوم رد اهل الخبرة المعينين بانتخابهم الا اذا كان سبب الرد حادثـًا بعد التعيين.(٣)

١٠- يقدم طلب الرد الىٰ المحكمة التي تنظر الدعوىٰ مشتملاً علىٰ الاسباب التي يعتمد عليها طالب الرد في طلبه.(٤)

١١- يجب أن يفصل في رد أهل الخبرة في أول جلسة تلي تقديم الطلب الا لسبب يقتضي التأخير ويذكر ذلك في الضبط.(٥)

١٢- تجوز الإنابة بالكشف علىٰ المحل المتنازع فيه وفي معاملة الاستكتاب أو التطبيق واستماع أهل الخبرة ضمن الأصول والشروط المذكورة في المادة

---

١) انظر المادة (٨٤) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) انظر المادة (٨٥) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٣) انظر المادة (٨٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٤) انظر المادة (٨٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٥) انظر المادة (٨٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

السابقة.[1]

١٣- للقاضي أن يعين أحد كتبة المحكمة نائباً عنه في المسائل التي يرىٰ ضرورة إجرائها خارج المحكمة كإجراء الكشف وانتخاب الخبراء وليس للمناب تقرير النتيجة المترتبة علىٰ هذا الإجراء.[2]

١) انظر المادة (٧١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٢) انظر المادة (٧٣) من قانون أصول المحاكمات الشرعية




الفصل السابع

الحكم بالفِراسة






المبحث الأول
تعريفها لغة واصطلاحاً وأقسامها

الفراسة لغةً:

من فُرس فلان بالضّمّ، يفرس فروسةً وفراسةً: إذا حذق أمر الخيل، والفَراسة بالفتح: الثّبات علىٰ الخيل، والحذق بأمرها، والعلم بركوبها، والفِراسة بكسر الفاء هي: النّظر والتّثبّت والتّأمّل في الشّيء والبصر به، يقال: تفرّست فيه الخير: تعرّفته بالظّنّ الصّائب، وتفرّس في الشّيء: توسّمه، ورجل فارس علىٰ الدّابّة: بيّن الفروسيّة.[١]

والفارس أيضـًا: الحاذق بما يمارس من الأشياء كلّها.[٢]

وفي الحديث: «اتّقوا فراسة المؤمن، فإنّه ينظر بنور اللّه عزّ وجلّ».[٣]

واصطلاحـًا: هي الاستدلال بالأمور الظّاهرة علىٰ الأمور الخفيّة، وأيضـًا هي ما يقع في القلب بغير نظر وحجّة.

أقسامها:

قسّمها العلماء إلىٰ قسمين:

الأوّل: أحدهما ما دل عليه ظاهر الحديث «اتّقوا فراسة المؤمن» وهو ما يوقعه الله في قلوب أوليائه فيعلمون بذلك أحوال الناس بنوع من الكرامات، وإصابة الحدس والنظر والظن والتثبيت.

---

١) لسان العرب ٦/ ١٥٩

٢) تهذيب اللغة ٤/ ٢٧٨

٣) سنن الترمذي ٥ / ٢٩٨ رقم ٣١٢٧ والمعجم الكبير ٨ / ١٠٢رقم ٧٤٩٧ ومسند الشاميين ٣ / ١٨٣ رقم ٢٠٤٢ ومسند الشهاب ١ / ٣٨٧ رقم ٦٦٣

الثاني: ما يحصل بدلائل التجارب والخلق والأخلاق تعرف بذلك أحوال الناس.[١]

الألفاظ ذات الصّلة:

أ - القيافة:

من قاف يقوف قيافةً فهو قائف، وهو: الّذي يتتبّع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرّجل بأخيه وأبيه، والجمع: القافة. ولا يخرج المعنىٰ الاصطلاحيّ عن المعنىٰ اللّغويّ. والصّلة بين القيافة والفراسة أنّ كليهما يقوم علىٰ النّظر إلاّ أنّ بينهما فارقـًا.

وقد سئل ابن فرحون: هل القافة من الفراسة لكونها مبنيّةً علىٰ الحدس؟ فأجاب: بأنّها ليست منها، بل هي من باب قياس الشّبه، وهو أصل معمول به في الشّرع.[٢]

ب - العيافة:

من عاف يعيف عيفـًا إذا زجر، وحدس، وظنّ. والعائف: من كان صادق الحدس والظّنّ، والطّائر عائف علىٰ الماء بمعنىٰ: يحوم حوله ليجد فرصةً فيشرب.[٣]

والعيافة: زجر الطّائر والتّفاؤل بأسمائها وأصواتها وممرّها، وهي من عادة العرب وذكرت كثيراً في أشعارهم. ولا يخرج المعنىٰ الاصطلاحيّ عن المعنىٰ اللّغويّ.

والصّلة بينهما أنّ كلاً من العيافة والفراسة مبنيّ علىٰ النّظر.

---

١) تفسير الخازن ٤/ ١٥٢ وتحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي ٧/ ٤٥٦

٢) تبصرة الحكام ٤/ ٢٥٤

٣) النهاية في غريب الأثر ٣/ ٦٢٢ ولسان العرب ٩/ ٢٦٠ وتاج العروس ١/ ٦٠٤٢

المبحث الثاني

الحكم الإجمالي

فراسة المؤمن معتبرة شرعاً في الجملة، لقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴿٧٥﴾﴾[الحجر].

قال القرطبيّ في تفسير قوله تعالىٰ: ﴿لِّلْمُتَوَسِّمِينَ﴾ روىٰ التّرمذيّ الحكيم في نوادر الأصول من حديث أبي سعيد الخدريّ عن رسول اللّه صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنّه قال: «للمتفرّسين».[١]

ولقوله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اتّقوا فراسة المؤمن فإنّه ينظر بنور اللّه».[٢]

ونقل ابن العربي عن الشّافعيّ ومحمّد بن الحسن أنّهما كانا بفناء الكعبة ورجل علىٰ باب المسجد، فقال أحدهما: أراه نجّاراً، وقال الآخر: بل حدّاداً، فتبادر من حضر إلىٰ الرّجل فسأله فقال كنت نجّاراً وأنا اليوم حدّاد.[٣]

اعتبار الفراسة من وسائل الإثبات:

للمتفرّس المؤمن الأخذ بفراسته في خاصّة نفسه ما لم يؤدّ ذلك إلىٰ محظور شرعيّ. أمّا فيما يتّصل بحقوق العباد فقد اختلف الفقهاء في اعتبار الفراسة من وسائل الإثبات في القضاء أو عدم اعتبارها:

ذهب الطّرابلسيّ من الحنفيّة وابن العربيّ وابن فرحون من المالكيّة: إلىٰ عدم جواز الحكم بالفراسة، لأنّه حكم بالظّنّ والحزر والتّخمين، ووصف الحاكم الّذي يعتمد ذلك في أحكامه بالفسق والجور، لأنّ الظّنّ يخطئ ويصيب، ولأنّ مدارك

---

١) تفسير القرطبي ١٠/ ٤٢

٢) سبق تخريجه

٣) أحكام القرآن لابن العربي ٥/ ١٣٣

الأحكام معلومة شرعـًا مدركة قطعـًا، وليست الفراسة منها.[١]

ذهب قاضي القضاة الشّاميّ المالكيّ ببغداد: إلىٰ الأخذ بالفراسة والحكم بها، جريـًا علىٰ طريقة إياس بن معاوية في قضائه، وذهب إلىٰ هذا ابن القيّم وقال: ولم يزل حذّاق الحكّام والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإذا ظهرت لم يقدّموا عليها شهادةً تخالفها ولا إقراراً.[٢]

---

١) معين الحكام ٢/ ٣٣٢ وتبصرة الحكام ٤/ ٢٥٤ وشرح ميارة ١/ ٦٤ والتاج والإكليل ١١/ ٦٨ وأحكام القرآن لابن العربي ٥/ ١٣٤

٢) أحكام القرآن لابن العربي ٥/ ١٣٤ والموافقات للشاطبي ٣/ ٩٨

المبحث الثالث

مقاييس الفراسة

الفراسة نوعان: نوع من المعرفة تحصل للإنسان دون سبب، فهي ضرب من الحدس، ونوع يكون نتيجة التّعلّم والتّجربة.

أمّا الأوّل: فليست له مقاييس يستعملها المتفرّس

وإنّما تتمّ هذه المعرفة بنور اللّه تعالىٰ كما جاء في الحديث النّبويّ السّابق، ومن شروطها الاستقامة وغضّ النّظر عن المحارم، فإنّ المرء إذا أطلق نظره تنفّست نفسه الصّعداء في مرآة قلبه فطمست نورها: ﴿وَمَن لَّمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُۥ نُورًا فَمَا لَهُۥ مِن نُّورٍ ﴿٤٠﴾﴾[النور].

والحقّ سُبْحَانَهُۥوَتَعَالَىٰ يجازي العبد علىٰ عمله من جنسه، فمن غضّ بصره عن المحارم عوّضه إطلاق نور بصيرته، قال البعض: من غضّ بصره عن المحارم، وكفّ نفسه عن الشّهوات، وعمّر باطنه بالمراقبة، وتعوّد أكل الحلال لم تخطئ فراسته، فكلّما زادت تقوىٰ المؤمن ألهمه اللّه تعالىٰ التّبصّر بالأمور وسرعة الفهم، فكانت فراسته أثبت ممّن كان أقلّ تقوىٰ منه، لأنّ هذا النّوع لا يعتمد فيه المتفرّس علىٰ علامات محسوسة.(١)

أمّا النّوع الثّاني: وهو الفراسة المكتسبة

فإنّها تنطلق من ملاحظة الصّفات الظّاهرة في أبدان النّاس، وتتبّع حركاتهم للتّعرّف من خلالها علىٰ أحوالهم الباطنة، وهي وإن اشتركت مع النّوع الأوّل في بعض هذا فإنّها تختلف عنها بما وضعه لها القائلون بها من مقاييس وعلامات.

إلا أنّ الأحكام المتوصّل إليها بالفراسة ظنّيّة يمكن أن يصدّقها الواقع، ويمكن أن يحصل ما هو قريب منها أو عكسها.

---

١) فيض القدير شرح الجامع الصغير ١/ ١٨٦

وفي كلّ الأحوال فإنّه لا تأثير لها في حياة النّاس بالتّفاؤل أو التّشاؤم والشّعور بالشّقاء أو السّعادة، وينبغي أن تستعمل فيما ينفع النّاس في حدود ما أجازه الشّرع.

المبحث الرابع
الحكم بالفراسة

أولاً: الحكم بالفراسة

من وسائل الإثبات المختلف فيها عند فقهاء الشريعة الحكم بالفراسة، وهل تصلح دليلا يعتمد عليه القاضي في بناء أحكامه، أم لا تصلح دليلا لبناء الأحكام القضائية. وقبل أن نعرض آراء الفقهاء ينبغي معرفة المقصود من الفراسة.

الأصل في الفراسة قوله تعالىٰ: ﴿إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَٰتٍ لِّلْمُتَوَسِّمِينَ ﴿٧٥﴾﴾[الحجر].

ذكر أهل التفسير أن المتوسمين يعني المتفرسين وذلك اعتمادا علىٰ ما أثر عنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. فقد روىٰ أبو سعيد الخدري رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «اتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله. ثم تلا الآية».(١)

وعن أنس بن مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إن لله عبادا يعرفون الناس بالتوسم».(٢)

يقول الألوسي: قال الجلال السيوطي: هذه الآية أصل في الفراسة.(٣)

معنىٰ هذا أن الفراسة قد ورد اعتبارها في القرآن الكريم والسنة المطهرة، وأنها سمة من سمات المؤمنين، إذ أن الأحاديث مادحة للمتفرسين، وأن الفراسة مدرك من مدارك المعاني؛ لأن المؤمن المتفرس ينظر بنور الله، فالله عز وجل هو الذي يريه ويفيض عليه.

فإذا ثبت هذا فلينظر كيف سارت تفسيرات العلماء للفراسة:

---

١) نوادر الأصول في معرفة أخبار الرسول للحكيم الترمذي ص٢٧١ط العثمانية

٢) مجمع الزوائد للهيثمي: ١/ ٢٦٨

٣) الوسيط للطنطاوي ١/ ٢٤٨٤



يقول ابن العربي المالكي في تفسير الآية السابقة: التوسم: هو تفعّل من الوسم وهي العلامة التي يستدل بها علىٰ مطلوب غيرها، وهي الفراسة وحقيقتها: الاستدلال بالخَلقْ علىٰ الخُلق، وذلك بجودة القريحة، ووحدة الخاطر، وصفاء الفكر.[1]

ويقول القرطبي: هي العلامة التي يستدل بها علىٰ مطلوب غيرها.[2]

ويفسرها ابن الأثير بقوله: الفراسة بمعنيين:

أحدهما: ما دل عليه ظاهر الحديث، وهو ما يوقعه الله في قلوب أوليائه، فيعلمون أحوال الناس بنوع من الكرامات وإصابة الظن والحدس.

والثاني: يعلم بالدلائل والتجارب والخلق والأخلاق.

نلاحظ أن هذه التفسيرات مترددة بين اتجاهين:

ولكل فرد من الناس، ومنها ما كان خفيا لا يدرك ببادئ النظر، كان الخفيّ منها لا يعرفه إلا ذوو التجربة وصفاء الفكر، والفراسة في جميع هذه الأحوال استدلال بالعلامة لا مدخل للإلهام فيها، بل إن أصحاب هذا القول استنكروا علىٰ الصوفية وغيرهم ممن يرون أن الفراسة نوع من الإلهام والكرامة.

وقد تمثل هذا الاتجاه في قول ابن العربي وبه أخذ القرطبي وثعلب، وهو المعنىٰ الثاني عند ابن الأثير.

الثاني: إنّ الفراسة خاطر إلهامي يوقعه الله سُبْحَانَهُوَتَعَالَىٰ في قلوب الصالحين من عباده، فيعرفون به أحوال الناس، ويطّلعون علىٰ مالا يطّلع عليه العامة، وقد يدركون به أمراً لم يكن بعد.

سواء كانت الفراسة استدلالاً بالعلامة أو خاطراً إلهامياً، فإن المتفق عليه في

---

١) أحكام القرآن لابن العربي ٥/ ٣٤

٢) تفسير البحر المحيط ٧/ ٢٠٢

هذه التفسيرات هو أنّ سبيل الإدراك بالفراسة مستتر، وطريق المعرفة بها طريق خفي، وخطوات الاستنتاج فيها غير ظاهرة إلا لمن صفىٰ فكره وكان حادّ الذكاء، أو كان من المؤمنين الصادقين الذين مدحتهم الآية والأحاديث وذكرت أنهم ينظرون بنور الله فتكون فراستهم صادقة ويطرد صوابها.

وجدير في هذا المقام، وحتىٰ يتبيّن لنا معنىٰ الفراسة، أن نذكر جانبـاً من الآثار التي أوردها الفقهاء تمثيلا للفراسة.

أولا: ما روي من فراسة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

أ- أنه قال: «يا رسول الله لو اتخذت من مقام إبراهيم مصلىٰ» ونزلت الآية: ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾[البقرة: ١٢٥].

ب- أنه قال: «يا رسول الله لو أمرت نساءك أن يحتجبن. فنزلت آية الحجاب».

ج- أنه قال حين اجتمع علىٰ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نساؤه في الغيرة: ﴿عَسَىٰ رَبُّهُۥٓ إِن طَلَّقَكُنَّ أَن يُبْدِلَهُۥٓ أَزْوَٰجًا خَيْرًا مِّنكُنَّ﴾[التحريم: ٥] فنزلت كذلك.[١]

هـ- أنه دخل عليه قوم فيهم الأشتر فصعّد فيه النظر وصوّبه، وقال: «أيهم هذا؟ قالوا: مالك بن الحارث، فقال: ماله قاتله الله إني لأرىٰ للمسلمين منه يوما عصيبا»، فكان منه في الفتنة ما كان.[٢]

ثانيا: ما روي عن ذي النورين عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

أ- أنه دخل عليه بعض الصحابة، وكان قد مرّ بالسوق فنظر إلىٰ امرأة، فلما نظر إليه عثمان قال: «يدخل أحدكم عليّ وفي عينيه أثر الزنا. فقال له: أَوَحْيـاً بعد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ قال عثمان: لا ولكن فراسة صادق».[٣]

---

١) صحيح مسلم مع شرح النووي ١/ ١٦٦

٢) نوادر الأصول للحكيم الترمذي ص٢٧١

٣) الطرق الحكمية ص ٣٦

ب ـ أنه لما تفرّس أنه مقتول ولابد، أمسك عن القتال والدفع عن نفسه لئلا يجري بين المسلمين قتال وآخر الأمر يقتل هو، فأَحبَّ أن يُقتل دون أن يقع قتال بين المسلمين.(١)

ثالثا: ما روي من فراسة عبدالله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في الحسين بن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا لمّا ودَّعه قال: «أستودعك الله من قتيل»، ومع الحسين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كتب أهل العراق تناشده الحضور لنصرته، فكانت فراسة ابن عمر أصدق من كتبهم.(٢)

القضاء بالفراسة:

لما كان الاستدلال بالفراسة لا يقوم علىٰ أسس واضحة ظاهرة حيث أنّ خطوات الاستنتاج فيها خفية غير معروفة لغير المتفرِّس فقد منع جمهور الفقهاء بناء الأحكام القضائية علىٰ الفراسة، وقالوا: إنها لا تصلح مستنداً للقاضي في فصل الدعوىٰ، إذ أن القاضي لابد له من حجة ظاهرة يبني عليها حكمه.

والصحيح أن الفراسة لا تصلح مستندا لحكم القاضي وفصل الدعاوىٰ وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافا لابن القيم، وذلك للأسباب التالية:

الأول: أنه لم يرد في الشرع الحكيم ما يدل علىٰ اعتبارها والأخذ بها في القضاء، ومع أن الله عز وجل قد مدح المتفرّسين، وأنه تعالىٰ هو الذي يفيض عليهم ويهديهم هذه المعارف التي لا يدركها غيرهم، إلا أن مدارك الأحكام القضائية معلومة شرعا، وقد وضّحها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خير المتفرسين وأفضلهم وأعرف الناس بالناس. قال: «إنكم تختصمون إليّ.. » الحديث، فلم يجعل للاعتبارات الخفية مدخلا، ولم يترك لوسائل الاستنباط غير المنضبطة والمستترة مجالا.

---

١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ٣٦ تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ / ١٠٣

٢) تفسير الفخر الرازي ج ٥ ص ٤٩٦

ثانيا: لما كانت الفراسة غير مدركة بالعين الحسية، فقد يكون الاحتجاج بها مدخلا لذوي النفوس المريضة والأغراض والدعاوىٰ الباطلة، فيحكمون بما يوافق أهواءهم وأطماعهم مما يؤدي إلىٰ اختلاف الأحكام وفساد القضاء.

ثالثا: إذا كنا قد وافقنا الفقهاء القائلين بعدم السماح للقاضي القضاء بعلمه لكون طريق الإثبات غير معروف لغير القاضي، فمن باب أولىٰ ألا نوافق في القضاء بالفراسة لنفس السبب. وإن كان فساد الزمان من أسباب منع القاضي أن يقضي بعلمه فهو أيضا سبب كاف لمنع الحكم بالفراسة.

رابعا: قول ابن القيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «إن الفراسة من الاستدلال بالعلامة» محل نظر لوجود حالات كثيرة للفراسة يختفي فيها الاستدلال بالعلامة، وفيما قدّمنا من أمثلة دليل صادق علىٰ صحة قولنا. أما الفراسة التي يكون الاستدلال فيها مبنيا علىٰ العلامة الظاهرة فحكمها ملحق بحكم العمل بالقرائن والعلامات.






الفصل الثامن

الإثبات بالبصمة الوراثية






تمهيد:

النسب هو رابطة سامية وصلة عظيمة علىٰ جانب كبير من الخطورة، لذا لم يدعها الشارع الكريم نهبا للعواطف والأهواء تهبها لمن تشاء وتمنعها ممن تشاء، بل تولاها بتشريعه، وأعطاها المزيد من عنايته، وأحاطها بسياج منيع يحميها من الفساد والاضطراب، فأرسىٰ قواعدها علىٰ أسس سليمة، وقد قضت حكمته السامية وسنته في خلقه أن يولد الطفل لا حول له ولا قوة غير مستقل بنفسه، وغير قادر علىٰ القيام بشئونه، كان من عظيم رحمته أن يودع في الآباء حب الأبناء، فيظلوا مدفوعين بعامل خفي علىٰ رعاية أبنائهم، يحدوهم إلىٰ ذلك وازع الحنو الذي لا ينازعهم فيه أحد والنسب من أقوىٰ الدعائم التي تقوم عليه الأسر ويرتبط به أفراده برباط دائم من الصلة تقوم علىٰ أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية فالولد جزء من أبيه والوالد بعض من ولده ورابطة النسب هي نسيج الأسر التي لا تنفصم عن النسب، إن إثبات النسب للطفل ليس حقـًا له وحده، ولكنه حق للأب والأم كذلك، وهو أيضـًا حقـًا لله تبارك وتعالىٰ. ولقد حرص الإسلام حرصا كبيرا علىٰ سلامة الأنساب ووضوحها، وما ذلك إلا لحفظ كرامة الإنسان، وبناء اسر وأجيال ومجتمعات مسلمة تنعم بالوحدة والمودة والسعادة والاستقرار وإن الحفاظ علىٰ الأنساب من أهم مقاصد الشريعة التي لا تستقيم الحياة بدونها وهي: (المال والعقل والدين والنفس والنسل) أو النسب أو العرض، وبه تحقق المصلحة العامة للمجتمع ونسب إلىٰ الله تعالىٰ لعظم شأنه وشمول نفعه، فالنسب في ذاته من الأمور التي ترتبط بالمجتمع إذ عليه يقوم بناء الأسرة التي هي نواة المجتمع ولذا نرىٰ ان الله تعالىٰ يأمر بالمحافظة عليه ويوجه الخطاب للجماعة: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِأَبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾[الأحزاب: ٥].

إن الاكتشافات الطبية أو العلمية الجديدة بخصوص إثبات النسب قد لعبت دور قوي جدا وتقدم مذهل في اكتشاف هذه الوسائل التي تساعد علىٰ إثبات النسب.

وما تطلعنا عليه كل يوم وسائل الإعلام المرئية منها المقروءة أو المسموعة علىٰ ابتذال الغربيين وهم الذين يمثلون قمة الحضارة المادية الحديثة لانتهاكهم للأعراض وعدم



اعتنائهم بطهارة النسب وسلامة النسب وقد أدىٰ ذلك إلىٰ الشك في الأنساب واختلاطها وإضعاف الروابط الأسرية.

لقد تطورت الابحاث في مجال الطب وتم اكتشاف محتويات النواة والصفات الوراثية التي تحملها الكروموسومات والتي يتعذر تشابه شخصين في الصفات الوراثية عدا التوائم المتشابهة وهي أكثر دقة وأكثر توفرا من بصمات الاصابع حيث يمكن أخذ المادة الحيوية الاساسية لنستخرج منها البصمة الوراثية من الاجزاء التالية:

الدم، المني، جذر الشعر، العظم، اللعاب، البول، السائل الأمينوسي للجنين، خلية البويضة المخصبة بعد انقسامها، خلية من الجسم، والبصمة الوراثية عن طريق تحليل الحامض النووي DNA.

المبحث الأول

تعريفها وبيان الغاية المقصودة منها

أولا: تعريف البصمة الوراثية

تعريفها: البصمة الوراثية

ذكر العلماء ان بصمة الأصابع هي خطوط بارزة تحاذيها خطوط اخرىٰ منخفضة تتخذ أشكال مختلفة علىٰ جلد اصابع اليدين والكفين من الداخل وعلىٰ اصابع وباطن القدمين، وهي خطوط حلمية لا يمكن ان تتطابق في شخصين وهي حقيقة علمية ثبتت منذ القرن التاسع عشر، علما بان بدء العمل بها كان منذ نحو الفي سنة في الصين ولكن دراستها كظاهرة علمية لم تبدا الا قبل مائتي عام تقريبا وبالتحديد في عام ١٨٢٣ حين اكتشف العالم التشيكي (بركنجي) البصمات، وتطورت هذه المعلومة لتصبح عن طريق انظمة حاسوبية متداخلة واجهزة خاصة وهو ما يعرف اليوم باسم البصمة الإلكترونية، وتتابع ظهور بصمات الرائحة كما في قوله تعالىٰ: ﴿ وَلَمَّا فَصَلَتِ ٱلْعِيرُ قَالَ أَبُوهُمْ إِنِّي لَأَجِدُ رِيحَ يُوسُفَ لَوْلَآ أَن تُفَنِّدُونِ ﴿٩٤﴾ ﴾[يوسف] وكذلك بصمات الشفاه وبصمة الأذن وبصمة العين المعمول بها الان في معظم مطارات العالم، وقد اثبت العلم بان لكل شخص بصمة خاصة لرائحته ينفرد بها عن غيره من البشر وكذلك بصمة الصوت حيث اكتشف العلماء بان لكل فرد بصمة لصوته تختلف عن سواه حتىٰ وان كان الرجل ماهرا في تقليد الأصوات وقد اخترع العلماء اجهزة ذات تقنية وذبذبات عالية اكدت استحالة تطابق الأصوات بين البشر. وكان طنطاوي جوهري من اوائل المفسرين المسلمين الذين اشاروا الىٰ بصمة الأصابع عند تفسيره لقوله تعالىٰ: ﴿ بَلَىٰ قَٰدِرِينَ عَلَىٰٓ أَن نُّسَوِّيَ بَنَانَهُۥ ﴿٤﴾ ﴾[القيامة] والإجماع الآن علىٰ ان العمل بالبصمة سواء كان عن طريق اليد مباشرة او عن طريق الأجهزة الخاصة المعينة والفاحصة للبصمة انما هو مما يتفق مع المقاصد الشرعية في الحفاظ علىٰ الضروريات وعدم السماح لمن يتعدىٰ عليها للإفلات من يد العدالة، كما ان القضاء الوضعي يعتبرها حجة وبينة ودليل كامل علىٰ

صاحب البصمة في المجال الجنائي او غيره من المجالات، فالبصمة بهذا المعنىٰ هي علامة فارقة بين ابناء البشر.

وقد ذكر العلماء في حدها عدة تعريفات نذكر منها:

عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية وهو تعريف المجمع الفقهي بمكة بانها: البنية الجينية التفصيلية التي تدل علىٰ هوية كل فرد بعينه. وهي من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقق من الوالدة البيولوجية، والتحقق من الشخصية ولا سيما في مجال الطب الشرعي وهذا المعنىٰ اقره مجمع اللغة العربية في القاهرة.[1]

وقد أطلق العلماء عليها عدة اسماء منها البصمة الوراثية او البصمة الجينية او هوية الدنا، او الطبعة الوراثية.

ومن الطبيعي ألا يكون للبصمة الوراثية تعريف عند فقهاء المسلمين القدامىٰ في كتب الفقه نظرا لكون هذه المعاملة من المعاملات الطبية الحديثة، وعلينا ان نفرق بين البصمة الوراثية من جهة والهندسة الوراثية والهندسة الجينية من جهة أخرىٰ.

فالبصمة الوراثية (DNA) هي مجموعة من الأحماض النووية، تكون علىٰ شكل سلسلتين حلزونية الشكل، وتعتبر مخططات لبناء جسم الكائن الحي،، فعندما يكون الجنين البشري عبارة عن بويضة ملقحة داخل الرحم، يكتسب ٤٦ كروموسوم نصفها من الأب والنصف الأخر من الأم، ويحتوي ال DNA علىٰ التعليمات الجينية اللازمة لبناء اعضاء الجسم البشري كافة، واعطاء المولود صفات وراثية مكتسبة من كلا الوالدين، ولذلك سمي بالعامل الناقل حيث ينقل الصفات الوراثية من الأبوين للمولود.

ثانيا: الغاية من البصمة الوراثية

قد أجاز مجمع الفقه الإسلامي استخدام البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في

---

١) البصمة الوراثية الكعبي ص٤٣ والبصمة الوراثية وعلائقها الشرعية ص٨٣ و قرارات مجمع الفقهي الإسلامي بالرابطة

الحالات التالية:

الغاية منها: ان الأصل في جميع التقنيات الحديثة هو تسخيرها لخدمة الإنسان في مواجهة جميع المشاكل التي تنغص عليه صفوة الحياة، وان مشروع تحديد الموروث البشري هو سلاح ذو حدين مما يتطلب دراسة القضايا الخلقية والاجتماعية والقانونية المترتبة علىٰ المعرفة الكاملة للأسرار الوراثية.[1]

١) الهندسة الوراثية المتقدمة اياد العبيدي ص٢٢٢

المبحث الثاني
نظرة الشرع لإثبات النسب
من خلال البصمة الوراثية

تتلخص نظرة الشرع في قضايا اثبات النسب من خلال البصمة الوراثية بمحورين:

المحور الأول: القضايا المتعلقة في النزاعات التي تحصل نتيجة اختلاط المواليد في المستشفيات أو قضايا فقدان الاطفال، فتعتبر البصمة الوراثية في هذه الحالات حكما للنزاع وتنسب كل طفل لوالديه.

المحور الثاني: قضايا الخيانة الزوجية وشك الزوج في نسب ولده إليه، حيث لا تقدم البصمة الوراثية على العلن.

الأولى: حالات التنازع على مجهول النسب.

الثانية: حالات الاشتباه بالمواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وأطفال الأنابيب نحوها.

الثالثة: حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب أو أسرى الحرب والمفقودين ونحو ذلك.[١]

الرابعة: حالات التنازع على المولود.

الخامسة: حالات الاختلاف بين الزوج والزوجة.

السادسة: حالات الاغتصاب ونحوه.

السابعة: الاستفادة منها في حالات الاشتباه في طفل الأنابيب.

الثامنة: الاستفادة منها لإثبات الجرائم.

---

١) نفس المصدر السابق، ص٣٦٥

التاسعة: الاستفادة منها للتعرف علىٰ جثث الضحايا أثناء الحروب والكوارث ونحوه.[١]

مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية:

إن اكتشاف القوانين المتعلقة بالوراثة ومعرفة ترتيب عناصرها المشتركة والخاصة ومعرفة كيفية الاستفادة منها مما هيأه الله للبشر من العلم في هذا الزمان كما قال تعالىٰ: ﴿وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِّنْ عِلْمِهِۦٓ إِلَّا بِمَا شَآءَ﴾[البقرة: ٢٥٥].

لقد بدأ استخدام البصمة الوراثية في المجالات الطبية البحتة، كدراسة الجينات والأمراض التي يمكن ان تتعرض لها، وكذلك عمليات زرع الأنسجة والاستنساخ، ثم انتقل العمل بها الىٰ الطب الشرعي، وقد ذكر المشاركون في الندوة الحادية عشرة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت سنة ١٩٩٨م وقرارات مجمع الفقه المنعقد بمكة سنة ١٤٢٢هـ انه يؤخذ بالبصمة الوراثية في المجالات التالية :

١-**إثبات النسب أو نفيه**: وما يتعلق بذلك مثل تمييز المواليد المختلطين في المستشفيات أو في حال الاشتباه في أطفال الأنابيب أو عند الاختلاف أو التنازع في طفل مفقود بسبب الكوارث والحوادث أو طفل لقيط أو حال الاشتراك في وطء شبهة وحصول الحمل أو عند وجود احتمال حمل المرأة من رجلين من خلال بييضتين مختلفتين في وقت متقارب كما لو تم اغتصاب المرأة بأكثر من رجل في وقت واحد، أو عند ادعاء شخص عنده بينة (شهود) بنسب طفل عند آخر قد نسب إليه من قبل بلا بينة.

٢-**تحديد الشخصية أو نفيها**: مثل عودة الأسرىٰ والمفقودين بعد غيبة طويلة والتحقق من شخصيات المتهربين من عقوبات الجرائم وتحديد شخصية الأفراد في حالة الجثث المشوهة من الحروب والحوادث والتحقق من دعوىٰ الانتساب بقبيلة معينة بسبب الهجرة وطلب الكلأ أو تحديد القرابة للعائلة.

---

١) علي محيي القرة داغي وعلي يوسف المحمدي القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، ص٣٣٨،٣٣٧

٣-**إثبات أو نفي الجرائم**: وذلك بالاستدلال بما خلفه الجاني في مسرح الجريمة من أي خلية تدل علىٰ هويته كما هو الحال في دعاوىٰ الاغتصاب والزنىٰ والقتل والسرقة وخطف الأولاد وغير ذلك.[١]

٤-**في التحقيق الجنائي**: واعتبارها وسيلة اثبات في الجرائم التي ليس فيها حد شرعي ولا قصاص لخبر «ادرؤا الحدود ما استطعتم عن المسلمين فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة».[٢]

---

١) ثبت علميـًا حقائق طبية جديدة لموسىٰ المعطي ص ١٠٥ ومذكرة البصمة الوراثية في ضوء الإسلام لعبدالستار فتح الله سعيد ص ٩ والبصمة الوراثية وتأثيرها علىٰ النسب لنجم الدين عبدالله عبدالواحد ص ٨١

٢) سنن الدار قطني ٣/ ٨٤ رقم ٨

المبحث الثالث

مشروعية العمل بالبصمة الوراثية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هل البصمة الوراثية قرينة قطعية أم قرينة ظنية علىٰ ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يذهب إلىٰ اعتبار البصمة الوراثية قرينة قانونية قطعية هذا ذهب إليه الدكتور نصر فريد واصل والدكتور علي محي الدين القرة داغي وما ذهبت إليه المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في دولة الكويت في دورتها وقد استدل أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة أهمها ما يلي:

١-قوله تعالىٰ: ﴿ ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾[الأحزاب].

ووجه الدلالة: إن الله تعالىٰ أمر بان ينسب الولد لأبيه الحقيقي الأب البيولوجي فهو الصواب الحقيقي، وحيث أن البصمة الوراثية وسيلة يمكن من خلالها كشف الأب الحقيقي، فهنا لا بد من استخدام البصمة الوراثية وتنفيذ أمر الله تعالىٰ.

٢- قوله تعالىٰ: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَكۡتُمُونَ مَآ أَنزَلۡنَا مِنَ ٱلۡبَيِّنَٰتِ وَٱلۡهُدَىٰ مِنۢ بَعۡدِ مَا بَيَّنَّٰهُ لِلنَّاسِ فِي ٱلۡكِتَٰبِ أُوْلَٰٓئِكَ يَلۡعَنُهُمُ ٱللَّهُ وَيَلۡعَنُهُمُ ٱللَّٰعِنُونَ ﴿١٥٩﴾ ﴾[البقرة].

ووجه الدلالة إن ما تقدمه البصمة الوراثية من تقنية حديثة، ودقة في كشف الحقيقة ومعرفة الأب الحقيقي في نزاع النسب يفوق بدرجات كبيرة الوسائل التقليدية، فقد أثبتت التجارب العلمية المتكرر، ان البصمة الوراثية إذا توافرت شروطها وملاحظة الدقة والضبط والتكرار فيها فهو دليل قطعي مما لامجال للشك فيها.[١]

المذهب الثاني: يذهب الىٰ اعتبار البصمة الوراثية قرينة ظنية لا ترقىٰ الىٰ حد القرائن القطعية، لأنها عرضة للخطأ، فهي ليست من البينات المعتبرة شرعـًا في إثبات النسب بل هي قضية

---

١) علي محيي القرة داغي وعلي يوسف المحمدي القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، ص٣٦٣



موضوعية متروكة لتقدير المحكمة وهذا ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور عمر السبيل. وقد استدل اصحاب هذا المذهب بعدة أدلة أهمها ما يلي:

١-لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية دليلاً شرعيا، إذ ان الفقهاء أقروا بان الأدلة الشرعية المعتبرة في اثبات النسب هي الإقرار والشهود والزوجية القائمة بين الزوجين.

٢-ان رفض تحاليل الحامض النووي في قضايا النسب يأتي من كونه غير معترف بالعرف الشرعي إضافة الىٰ أن القائمين علىٰ التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها الىٰ درجة اليقين.

٣-ان فحوصات البصمة الوراثية أو تحاليل لدم قضايا مختلفة فيها، ونحن عندنا ثوابت لا يمكن أن نهملها في قضايا العرض لأنها لا تتعلق لرجل أو امرأة أنها تتعلق بعائلات وعشائر وتبقىٰ هذه التحاليل عوامل مساعدة تفيد في حالة وجود خصومة بين رجلين.[١]

الاتجاه الثالث: يذهب الىٰ القول بأن البصمة الوراثية هي قرينة قوية لا تقدم علىٰ أي دليل شرعي نهائي ولا يقام بها حكم علىٰ استقلال ما لم تدعمها بيانات أخرىٰ وهذا ما ذهب إليه الدكتور خليفة الكعبي.

وقد استدل اصحاب هذا الاتجاه علىٰ ذلك بعدة أمور أهمها:

١. ان البصمة الوراثية تفتقر الىٰ صفة التأثير في نفسية القاضي، أي إن نسبة تأثيرها في نفسية القاضي بسيطة جدا مما يجعله أي القاضي يتردد في الأخذ بها كدليل قطعي والسبب في ذلك يرجع الىٰ:

٢. إن إجراء التحليل البيولوجية يكون دائماً في غياب القاضي وعدم مشاهدته بخلاف الشهادة والإقرار أو اليمين أو العلاقة القائمة بين الزوجين فهي أدلة ملموسة ومشاهدة للعيان ومن ثم يقوي أثرها في نفسية القاضي.

٣. تفوق الأدلة الشرعية التي لا خلاف فيها، كالإقرار والشهادة علىٰ قوة البصمة الوراثية، لأنها تبعث أي الأدلة الشرعية علىٰ الطمأنينة في نفس القاضي.

---

١) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، وهبة الزحيلي

٤. عدم وقوف القاضي علىٰ نوعية القائمين في المختبر الجنائي، إذ لا علاقة بين القاضي وخبراء المختبر الجنائي، ولا صلة مدعومة بالصدق والأمانة، الامر الذي يدخل الشك في نفس القاضي، وعدم اطمئنانه بنتائج المختبرات.

٥. الأصل في البصمة الوراثية القطع، غير إن الظروف المحيطة بها من حيث نقل العينات، وكيفية إجراء الاختبارات عليها والحصول علىٰ نتائجها أهدرت من قيمتها وجعلتها قرينة قوية فحسب.

٦. أن البصمة الوراثية لا يثبت بها النسب في حالة الزنا وذلك لأن الشرع وإن كان يتشوف لإثبات النسب فإنه في ذات الوقت يرىٰ أن الستر مقصد هام تقوم عليه الحياة الاجتماعية، لئلا تشيع الفاحشة في الذين آمنوا ودليله ما قاله النبي (لمن دفع ماعز بن مالك من الإقرار بالزنا) (هلا سترته بطرف ثوبك). وهذا مبني علىٰ ان الشرع يقر بأن (الولد للفراش) فالأصل في إثبات النسب هو فراش الزوجية.

الرأي الراجح:

والذي يبدو لي أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من اعتبار البصمة الوراثية قرينة قطعية وذلك لقوة أدلتها، ولكن بشروط وضوابط الحذر من التكنلوجيا المتطورة، بمعنىٰ عدم التسليم المطلق بنتائجها قبل اختبار الموضوعية، والوقوف علىٰ طبيعة عدة التقنية ومعناه التأكد من سلامة الأجهزة ودراية الفنيين في تشغيلها واختيار الموضوعية بمعنىٰ وجوب إجراء تحليلين من عينتين مختلفتين لإمكان المقارنة والاطمئنان لسلامة النتيجة وأن يكون العامل عليها من أهل الاختصاص والخبرة ولا يكون في مرحلة التجريب بل يكون متمرساً وذا خبرة وأن يكون القائمون علىٰ إجراء الفحوص والتحاليل الخاصة بالبصمة الوراثية عدول ثقة امناء وأن لا تتدخل المصالح الشخصية والأهواء في هذه الفحوصات وكذلك إذا كانت هناك عداوة فلا تقبل نتيجتها ضد الطرف الآخر وكذلك ينبغي مراعاة خبير بالبصمة لصالح أمه او أبيه أو نحو ذلك ويجب أن يخضع الأمر لقواعد المهنة

فإنهم أعرف وربما قرروا تكرار البصمة مرات وهذا أفضل للتأكد حيث إن التجارب العلمية قد أثبتت ان نسبة النجاح في إثبات الأبوة بواسطة البصمة الوراثية ثم أن هذه التقنية ممكن أن تحاط بمجموعة من الضوابط والقانونية من شأنها أن ترفع الشك في مصداقية نتائجها.

المبحث الرابع
آلية عمل فحص البصمة الوراثية
لإثبات النسب

علىٰ حسب نوع قضية اثبات النسب، يتم اخذ عينة من الأب أو الأم أو كليهما مع الطفل، فعادة ما يؤخذ عينة من الدم أو اللعاب.

قبل اجراء فحص الحمض النووي، يتم اجراء فحص فصائل الدم، فزمرة دم الأم والأب تعطي زمرة دم معينة للطفل، فقد ينفي فحص زمرة الدم النسب بحالة عدم التطابق، أما بحالة التطابق فيجرىٰ فحص الحمض النووي، لأن فحص زمرة الدم لا يثبت النسب.

عند اجراء التحليل للحمض النووي يتم النظر في ١٣ موقع للتتابعات التكرارية للحمض النووي متفق عليها عالميا، وتقسم إلىٰ نسختين واحدة من الأب وأخرىٰ من الأم.

يتم فصل النسختين لكل العينات، ويتم مقارنة الـ١٣ موقع في النسختين.

إذا تطابقت نسخة واحدة فهذا يدل علىٰ احتواء نصف المادة الوراثية من الوالد (أب أو أم) مع الطفل.

تحليل البصمة الوراثية:

تعريف البصمة الوراثية اصطلاحا:

له معنيان أحدهما طبي علمي والآخر فقهي شرعي أو قانوني علىٰ النحو الآتي:

المعنى العلمي أو الطبي للبصمة الوراثية:

التركيب الوراثي الناتج عن فحص الحامض النووي لعدد واحد أو أكثر من أنظمة الدلالات الوراثية.

المعنى الشرعي أو القانوني للبصمة الوراثية:

المادة الموروثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية. أو هي الصفات الوراثية التي

تنتقل من الأصول الىٰ الفروع والذي من شأنها تحديد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض الدي أن أي الذي تحتوي عليه خلايا جسدية.[١]

الأساس العلمي للبصمة الوراثية:

كان المصدر الوحيد للتعرف علىٰ الإنسان هو بصمة إصبع اليد حيث لا يتشابه إنسان مع إنسان آخر في هذه البصمة إطلاقاً أما إذا كان الإنسان ابنا لهذا الأب فمن الجائز ان يتشابه الابن مع أبيه في نسبة ١٦ شكلا فقط من أشكال بصمة الأب، ولكن مع التطور العلمي والتقدم التقني تم التنوع في مصادر البصمة الوراثية ومنها: أخذ عينة من خلايا الدم البيضاء لأن كريات الدم البيضاء فقط هي التي يوجد بها الحامض النووي ومنها كذلك أخذ عينة الشعر وكذلك عينة من المني أو من نخاع العظم أو من اللعاب ويمكن أيضاً من أي نسيج داخل الجسم أو أي سائل من سوائل الجسم يحتوي علىٰ نواة وتقدر الكمية المطلوبة والتي تكفي لمعرفة البصمة الوراثية بقدر حجم الدبوس.

توضح الدكتورة فاطمة البيومي أستاذة الطب الشرعي في جامعة الأزهر أن تحليل DNA يجري من خلال عينة دم واخذ خلايا الدم البيضاء من خلالها، لأن كرات الدم البيضاء فقط هي التي يوجد فيها الحامض النووي أو من خلال مسحة من الغشاء المبطن للخد من داخل الفم وتحليلها، إذ يمكن من خلال هذا التحليل أن يتأكد الإنسان من النسب أو عدمه.

وأشارت الىٰ أنه في السنوات الماضية كانت الاختبارات والتحليلات مقصورة علىٰ نفي نسب الولد الىٰ أبيه فقط من دون التأكيد علىٰ إثبات النسب، وذلك حينما تكون عينات الدم عن طريق فصائل الدم المتعارف عليها A.B.AB.O سالبة، عندئذ يكون هذا التحليل أداة جيدة لنفي النسب، لأنها مرتبطة بعوامل الوراثة ولها علاقة بالصفات السائدة والمتنحية

---

١) دور البصمة الوراثية في مكافحة الجريمة، الدكتور عبدالله عبدالغني غانم بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون -جامعة الإمارات، كلية الشريعة والقانون

حسب قوانين مندل، فحين يكون التحليل سلبيًا يتأكد تماما نفي نسبة هذا الطفل للرجل الذي تجري عليه عينات التحليل، ومع التقدم العلمي الهائل والتطور التقني في وسائل التحليل ثم اكتشاف ما يسمىٰ بـ(الحامض النووي) الموجود في كريات الدم البيضاء وهو الذي يحمل الصفات الوراثية، ورغم أن كل إنسان يتميز بأن له تركيبة خاصة في هذه الأحماض بحيث لا يتشابه اثنان فيها، ففي عملية المطابقة لهذا الحامض بالنسبة لهذا الجنين لا بد من المقارنة بالحامض النووي للرجل المشكوك في نسبة هذا الجنين إليه، ونظرا لأن هذه العلمية دقيقة للغاية فإن المسألة تحتاج الىٰ تقنية عالية جدا حتىٰ يثبت مشاركة نسبة من الحامض النووي للجنين بالحامض النووي لوالده، وإذا ثبت ذلك فمن المؤكد علميا أن يكون هذا الجنين لأبيه وقالت الدكتورة فاطمة البيومي ان هناك وسائل أخرىٰ يمكن اتخاذها لإثبات النسب وهي مشاركة التشابه في لون البشرة أو لون العينين، فهذه عوامل مساعدة في عملية الاختبارات لإثبات النسب بشرط ألا تعارض البصمة الوراثية DNA.

بالإضافة الىٰ وسيلة أخرىٰ معجزة وهي بصمات أصابع اليد حيث لا يتشابه إنسان مع آخر في هذه البصمات اطلاقا أما إذا كان هذا الإنسان ابنا لهذا الأب فمن الجائز أن يتشابه الابن مع أبيه في ١٦ شكلا فقط من أشكال بصمة الأب وهذا أمر معجز للغاية أوضحه ربنا تبارك وتعالىٰ في قوله تعالىٰ: ﴿بَلَىٰ قَٰدِرِينَ عَلَىٰٓ أَن نُّسَوِّيَ بَنَانَهُۥ ٤﴾[القيامة].

المبحث الخامس

ضوابط وشروط العمل بالبصمة الوراثية

اشترط الفقهاء الباحثين والأطباء المختصين في البصمة الوراثية شروطًا عديدة حتىٰ تقبل، والذين رأوا أنها تقاس علىٰ القيافة اشترطوا شروط القيافة مع بعض الزيادات.(١)

أما قرار المجمع الفقهي فقد بحث في المسألة وصدر فيها قراره جاء فيه بما يأتي:

١-أن تكون المختبرات الخاصة بالبصمة الوراثية خاصة بالدولة، أي لا تكون مختبرات لأجل الربح.

٢-يشترط أن يكون القائمون علىٰ العمل في المختبرات المنوطة بإجراء تحاليل البصمة الوراثية ممن يوثق بهم علمًا وخلقًا وألا يكون أي منهم ذا صلة قرابة أو صداقة أو عداوة أو منفعة بأحد المتداعيين أو حكم عليه بحكم مخل بالشرف أو الأمانة.(٢)

٣- أن توضع آلية دقيقة لمنع الانتحال والغش، ومنع التلوث وكل ما يخص الجهد البشري حتىٰ تكون النتيجة مطابقة للواقع.

٤- أن يتم التأكد من دقة المعمل وصحة النتائج المعتمدة في التحاليل.

٥- أن لا يقل عدد الموروثات (الجينات) المستعملة للوصول إلىٰ أية نتيجة في أي

---

١) بحث البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب لحسن الشاذلي ص ٤٧٨ ضمن مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية – الوراثة والهندسة الوراثية

٢) توصيات الحلقة النقاشية بموقع المنظمة islamsetcom، جريدة الشرق الأوسط بتاريخ ٢٧ / ١٠ / ١٤٢٢هـ الموافق ١١ يناير ٢٠٠٢م توصية مجمع الفقه الإسلامي السادس عشر

مجال مقصود عن ستة موروثات حتىٰ لا يبقىٰ مجال للشك أبداً.[١]

٦-أن تمنع الدولة إجراء الفحص الخاص بالبصمة الوراثية إلا بطلب من القضاء وأن يكون من مختبرات للجهات المختصة، وأن تمنع القطاع الخاص الهادف للربح من مزاولة هذا الفحص، لما يترتب علىٰ ذلك من المخاطر الكبرىٰ.

٧- تكوين لجنة خاصة بالبصمة الوراثية في كل دولة يشترك فيها المتخصصون الشرعيون والأطباء الإداريون وتكون مهمتها الأشراف علىٰ نتائج البصمة الوراثية واعتماد نتائجها.[٢]

٨-أن لا يتم التحليل إلا بإذن من الجهة المختصة.

٩- أن يجري التحليل في مختبرين علىٰ الأقل معترف بهما، علىٰ أن تؤخذ الاحتياطات اللازمة لضمان عدم معرفة أحد المختبرات التي تقوم بإجراء الاختبار بنتيجة المختبر الآخر.

١٠- توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة الوراثية بدءاً من نقل العينات إلىٰ ظهور النتائج النهائية حرصاً علىٰ سلامة تلك العينات، وضماناً لصحة نتائجها، مع حفظ هذه الوثائق للرجوع إليها عند الحاجة.

١١- عمل البصمة الوراثية بعدد أكبر من الطرق وبعدد أكبر من الأحماض الأمينية لضمان صحة النتائج.[٣]

١٢- أن يجري اختبار البصمة الوراثية مسلم عدل، لأن قوله شهادة، وشهادة غير

---

١) علي محيي القرة داغي وعلي يوسف المحمدي، القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، ص٣٦٣

٢) علي محيي القرة داغي وعلي يوسف المحمدي، القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة، ص٣٦٤،البصمة الوراثية من منظور الفقه الاسلامي، علي القرة داغي

٣) البصمة الوراثية وتأثيرها علىٰ النسب لنجم عبدالواحد ص ٢٢

المسلم لا تقبل علىٰ المسلم إلا الوصية في السفر ونحوه.[١]

والخلاصة: أن البصمة الوراثية تكون بينة مستقلة يجب العمل بمقتضاها إذا توفرت الشروط اللازمة، وأنها لا تقاس علىٰ القيافة فهي باب آخر، وأن عامة المعاصرين يرون صحة الاعتماد عليها في حالات التنازع وحالات الاشتباه وحالات الاختلاط سواء في الأطفال أو الجثث أو الحروب والكوارث.

١) إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد الأشقر ص ٤٤١ – ٤٦٠ ضمن مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية – الوراثة والهندسة الوراثية

المبحث السادس

مكان البصمة الوراثية

إن مصادر البصمة الوراثية موجودة في النواة من كل خلية في جسم الإنسان والجسم يحتوي علىٰ ترليونات من الخلايا، وكل خلية تحتضن نواة هي المسئولة عن حياة الخلية ووظيفتها وكل نواة تحتضن المادة الوراثية بداية من الخواص المشتركة بين البشر جميعهم أو بين سلالات متقاربة وانتهاء بالتفصيلات التي تختص بالفرد وتميزه بذاته بحيث لا يطابق فرداً آخر من الناس ومصدر البصمة موجود علىٰ شكل أحماض أمينية (DNA) وتسمىٰ الصبغيات لأن من خواصها أنها تلون عند الصبغ ويطلق عليها أيضـًا (الحمض النووي) لأنها تسكن في نواة الخلية وهي موجودة في الكروموسومات، وهذه الكروموسومات منها ما هو مورث من الأب والأم ومنها ما هو مستجد بسبب الطفرة الجديدة NEO MUTATION والصفات الوراثية تنتقل من الجينات وهذه الجينات تتواجد في الكروموسومات وهناك حوالي مئة ألف جين مورث في كل كروموسوم واحد، لذلك لو تم دراسة كروموسومين فقط بطريقة عشوائية لأمكن متابعة عدد كبير من هذه الصفات الوراثية في هذين الكرموسومين ولأصبح الجواب الصحيح في معرفة البصمة الوراثية للأبوة والبنوة بنسبة نجاح تصل لـ ٩ , ٩٩٪ نظراً لعدم تطابق اثنين من البشر في جميع هذه الصفات الوراثية.[١]

---

١) البصمة الوراثية وتأثيرها علىٰ النسب لنجم عبدالله ص ٥، البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية لسعد الدين هلالي ص ٢٧

المبحث السابع
إثبات النسب بالبصمة الوراثية

ذهب العلماء المعاصرون إلىٰ اعتبار (البصمة الوراثية) طريقـًا من طرق إثبات النسب من حيث الجملة واختلفوا في بعض القضايا الفرعية.

وقد جاء في قرار المجمع الفقهي بالرابطة:

يجوز الاعتماد علىٰ البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات الآتية:

أ – حالات التنازع علىٰ مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع علىٰ مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.

ب – حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

ج – حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف علىٰ هويتها أو بقصد التحقق من هويات أسرىٰ الحرب والمفقودين.

وقد رأىٰ عدد كبير من الباحثين قياس البصمة الوراثية علىٰ القيافة من باب أولىٰ أو اعتبارها قرينة قوية والتي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود وقد جاء في توصية ندوة الوراثة والهندسة الوراثية المنبثقة عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية: (البصمة الوراثية من الناحية العملية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقىٰ إلىٰ مستوىٰ القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطوراً عصريـًا عظيما في مجال القيافة التي يذهب إليها جمهور الفقهاء في إثبات النسب المتنازع فيه،

ولذلك ترى الندوة أن يؤخذ بها في كل ما يؤخذ فيه بالقيافة من باب أولى).[١]

---

١) ملخص أعمال الحلقة النقاشية حول حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب ص ٤٦، موقع المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية islamsetcom والقرينة: كل إمارة تقارن شيئًا خفيًا فتدل عليه



المبحث الثامن
الفرق بين البصمة الوراثية
القيافة الشرعية

الفرق بين القيافة والبصمة الوراثية:

مما سبق نستطيع ان نضع بعض الفروق الرئيسة التي تباعد ما بين القيافة وبين البصمة الوراثية، سواء من حيث الفعل او من حيث قوة الإثبات، خاصة اذا علمنا بان القيافة انما تتم بالحدس والتخمين لا بالمدارسة والتعليم، فلم يصنف فيها مصنف كتابا لا من قديم ولا من حديث، وانما هي طبيعة حاصلة في العرب دون غيرهم، وواقعة في بعض قبائلهم وليس في جميعها، فلو كانت علما لعم في الناس، وأمكن ان يتعاطاه كل من اراد كسائر العلوم، اضف الىٰ ذلك ان هذا الأمر لم يعمل به لألحاق البهائم بعضها ببعض، فكان من الأولىٰ ان لا يعمل بها في الحاق انساب الإنسان، خاصة مع وجود آيات ودلائل وبينات علمية اساسها خلق الله عز وجل، مع عدم تأثير هذا علىٰ ما كان عليه العمل عند الفقهاء في العصور السابقة من الأخذ بالقيافة، حيث كانت قرينة من قرائن الإثبات الظني، يستعان بها في الوصول الىٰ الحق والعدل. فاذا ما تدخل العلم القطعي، المأخوذ من خلق الله عز وجل، فانه لا يجوز ان يبقىٰ للقيافة دور حيث هي مبنية علىٰ غلبة الظن، المحفوف بالاحتمالات الكثيرة، والقاعدة الأصولية تقول: ان الدليل اذا تطرق اليه الاحتمال بطل به الاستدلال كما ان القيافة لا يؤخذ بها إلا في اثبات النسب او نفيه، بينما البصمة الوراثية يؤخذ بها في مجالات اوسع، وتعتمد القيافة علىٰ الشبه الخارجي بين الأعضاء، في حين تؤخذ البصمة من النواة التي خلقها الله عز وجل في غاية من الإتقان والدقة، وقد تعطي القيافة حلولا وسطا فتلحق المولود مثال بشخصين او اكثر، في



حين ان ذلك لا يمكن ان يقع في البصمة الوراثية، كما ان الاستناد الىٰ الأثر الظاهر ليس قرينة قطعية علىٰ الحكم او ارتكاب الجريمة، بدليل قضية ذلك القصاب الذي ذهب الىٰ خربة للتبول ومعه سكينه، فاذا به امام مقتول يتشحط في دمه، وما افاق من ذهوله حتىٰ وجد العسس يقبضون عليه، وقد عجز الرجل عن الدفاع عن نفسه، معتقدا ان الأدلة جميعها ضده، ولم ينقذه من العقوبة المحتومة إلا اقرار القاتل الحقيقي بالجريمة، ومن هنا نستطيع القول: بان القيافة التي اقرها الفقهاء قرينة ظنية تؤيد الحكم بينما البصمة الوراثية دليل اثبات قطعي لا يمكن الطعن فيه ما دامت شروط استخراج البصمة صحيحة، وبعيدة عن كل الاحتمالات التي يمكن ان توصل بها الىٰ غير الحقيقة الكامنة فيها. ومن هنا جاء قرار المجمع الفقهي ليؤكد ان البحوث والدراسات العلمية تفيد بان البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة تمتاز بالدقة وهي اقوىٰ بكثير من القيافة العادية، وان الخطأ ليس واردا فيها من حيث هي، وانما الخطأ في الجهد البشري او عوامل التلوث ونحو ذلك.

ومن خلال التوصية السابقة والبحوث المقدمة في هذا المجال نجد أن فريقـًا من الفقهاء يرىٰ قياس البصمة الوراثية علىٰ القيافة وأن الأحكام التي تثبت بالقيافة تثبت في البصمة الوراثية، ويظهر لي أن هذا القياس بعيد للأمور التالي:

١-أن البصمة الوراثية قائمة علىٰ أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية والخطأ فيه مستبعد جداً، بخلاف القيافة والتي تقوم علىٰ الاجتهاد والفراسة وهي مبنية علىٰ غلبة الظن والخطأ فيها وارد ففرق بين ما هو قطعي محسوس وبين ما بني علىٰ الظن والاجتهاد.

٢- أن القيافة يعمل بها في مجال الأنساب فقط بخلاف البصمة الوراثية فهي تتعداها لمجالات أخرىٰ كتحديد الجاني وتحديد شخصية المفقود.

٣- أن القيافة تعتمد علىٰ الشبه الظاهر في الأعضاء كالأرجل وفيها قدر من الظن الغالب، أما البصمة الوراثية فهي تعتمد اعتماداً كليـًا علىٰ بنية الخلية الجسمية الخفية وهي تكون من



أي خلية في الجسم ونتائجها تكون قطعية لكونها مبنية علىٰ الحس والواقع.

٤- أن القافة يمكن أن يختلفوا، بل العجيب أنهم يمكن أن يلحقوا الطفل بأبوين لوجود الشبه فيهما أما البصمة فلا يمكن أن تلحق الطفل بأبوين بتاتـًا ويستبعد تمامـًا اختلاف نتائج البصمة الوراثية ولو قام بها أكثر من خبير فالقياس بعيد فهذا باب وهذا باب.

وبناء علىٰ ما تقدم فالقيافة باب والبصمة الوراثية باب آخر، وهو يعتبر بينة مستقلة أو قرينة قوية يؤخذ بها في الحكم الشرعي إثباتـًا ونفيـًا وذلك للأمور التالية:

١-أن البينة لم تأت في الكتاب والسنة محصورة في الشهادة والإقرار فقط بل كل ما أظهر الحق وكشفه فهو بينة.[1] قال تعالىٰ في قصة موسىٰ مع فرعون: ﴿قَدْ جِئْتُكُم بِبَيِّنَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ﴿١٠٥﴾ قَالَ إِن كُنتَ جِئْتَ بِـَٔايَةٍ فَأْتِ بِهَآ إِن كُنتَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿١٠٦﴾ فَأَلْقَىٰ عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُّبِينٌ ﴿١٠٧﴾ وَنَزَعَ يَدَهُۥ فَإِذَا هِيَ بَيْضَآءُ لِلنَّٰظِرِينَ ﴿١٠٨﴾﴾ [الأعراف].

وجه الدلالة:

قال ابن القيم: فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد والمرأتين لم يوف مسماها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، وكذلك قول النبي صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة علىٰ المدعي» المراد به: أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوىٰ منها، كدلالة الحال علىٰ صدق المدعي، فإنها أقوىٰ من دلالة إخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة متقاربة في المعنىٰ ... فالشرع لم يلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهداً لها بالاعتبار، مرتبـًا عليها الأحكام.[2]

---

١) كشاف القناع للبهوتي ٥ / ٤٢٦ / المبدع لابن مفلح ٥ / ٣٠٩

٢) الطرق الحكمية ص ١٦ وإعلام الموقعين ١٠ / ٣٤

٢- قوله تعالىٰ: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٢٨﴾﴾[يوسف].

وجه الدلالة: أن موضع قد القميص اعتبر دليلاً علىٰ صدق أحدهما وتبرئة الآخر وسمىٰ الله ذلك شهاد.[1]

---

١) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ / ٩٥، ومعين الحكام للطرابلسي ص ١٦٦

المبحث التاسع
هل ينتفي النسب
بالبصمة الوراثية دون اللعان؟

اللعان:

شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالأيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضب من جانب الزوجة وقد شرع اللعان لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود أو أراد قطع نسب الحمل أو الطفل المولود عنه، وهي أيضا حماية وصيانة لعرض الزوجة ودفعـًا للحد عنها. والطريقة التي جاءت به النصوص الشرعية لنفي النسب هو اللعان.

فهل يصح نفي النسب بالبصمة الوراثية إذا جاءت النتائج تؤكد ذلك ويكتفي بها أم لابد من اللعان أيضـًا؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في صحة نفي النسب بالبصمة الوراثية فقط دون اللعان ويمكن تلخيص آرائهم علىٰ النحو التالي:

القول الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية علىٰ اللعان وهذا القول عليه عامة الفقهاء المعاصرين ومنهم علي محي الدين القرة داغي وعبدالستار فتح الله سعيد [١] ومحمد الأشقر. [٢]

---

١) البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ص ٢٥، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ص ١٨ – بحث مصور مقدم للمجمع الفقهي بالرابطة ١٤٢٢هـ

٢) إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد الأشقر ص ٤٤١ – ٤٦٠، ضمن مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية – الوراثة والهندسة الوراثية وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي بالرابطة وجاء فيه (لا يجوز شرعـًا الاعتماد علىٰ البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها علىٰ اللعان).

القول الثاني: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه وهذا الرأي ذهب إليه محمد المختار السلامي [(١)] ويوسف القرضاوي، وعبدالله محمد عبدالله [(٢)]

القول الثالث: إن الطفل لا ينفىٰ نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبة للزوج ولو لاعن، وينفىٰ النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله وتعتبر دليلاً تكميلاً. وهذا الرأي ذهب إليه نصر فريد واصل، وعليه الفتوىٰ بدور الإفتاء المصرية[(٣)]

القول الرابع: إذا ثبت يقينًا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللعان وينفىٰ النسب بذلك. إلا أنه يكون للزوجة الحق في طلب اللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف. وهذا الرأي ذهب إليه سعد الدين هلالي.[(٤)]

---

١) إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد المختار السلامي ص ٤٠٥ – ضمن البحوث المقدمة للندوة الفقهية الحادية عشرة من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ١٤١٣هـ

٢) الوراثة والهندسة الوراثية والجينيوم البشري ١ / ٥٠٦، ٥١٠ ضمن المناقشات الفقهية للبصمة الوراثية في الندوة الحادية عشرة من أعمال المنظمة الطبية الإسلامية للعلوم الطبية

٣) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ص ٣٠ – بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة ١٤٢٢هـ

٤) البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها لسعد الدين مسعد الهلالي ص ٢١ – بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة ١٤٢٢هـ

المراجـــع

أولا: كتب تفسير القرآن الكريم

(١) أحكام القرآن: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠هـ) ط. الأوقاف القسطنطينية ١٣٣٨هـ.

(٢) الكشاف: محمود بن عمر الزمخشري (٥٢٨) ط. مصطفىٰ محمد بمصر ١٣٥٤هـ.

(٣) أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي (٥٤٢) ط. دار إحياء الكتب العربية ١٣٥٧هـ.

(٤) التفسير الكبير: عمد فخر الدين الرازي (٦٥٦ هـ) ط. الأميرية بولاق ١٢٨٩ هـ.

(٥) الجامع لأحكام القرآن: أبو عبدالله محمد بن أحمد القرطبي (٦٧١ هـ) ط. دار الكتب المصرية ١٣٥١ هـ.

(٦) لباب التأويل في معاني التنزيل: علاء الدين علي بن محمد الخازن (٧٢٥ هـ) ط. الأزهرية ١٣١٣هـ.

(٧) روح المعاني: شهاب الدين الألوسي (١٢٧٠هـ) إدارة الطبعة المنيرية بيروت.

ثانيا: كتب الحديث النبوي وشروحه

(٨) الموطأ- مطبوع مع شرح الزرقاني: مالك بن أنس الأصبحي (١٧٩ هـ) ط. الخيرية.

(٩) سنن الدارمي: محمد بن عبدالله بن عبدالرحمن الدارمي (٢٥٥ هـ) ط. الفنية. مصر ١٣٨٦ هـ.

(١٠) صحيح البخاري: أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦ هـ) ط. العامرة. مصر ١٢٨٦ هـ.

(١١) صحيح مسلم: مطبوع مع شرح النووي: مسلم بن الحجاج النيسابوري (٢٦١ هـ) ط. المصرية ومكتبتها ١٣٤٩ هـ.

(١٢) سنن الترمذي: محمد بن عيسىٰ بن سورة الترمذي (٢٧٥ هـ) ط. الصاوي. مصر ١٣٥٣هـ.

(١٣) سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥ هـ) ط. هندية حديثة.

(١٤) نوادر الأصول: محمد بن علي بن الحسين الحكيم الترمذي (٢٨٥ هـ) ط. العثمانية.

(١٥) سنن الدارقطني: علي بن عمر الدارقطني (٣٨٥ هـ) ط. دار المحاسن. مصر (١٣٨٦)هـ

(١٦) السنن الكبرىٰ: أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي (٤٨٥ هـ) ط. دائرة المعارف العثمانية ١٣٤٤هـ.

(١٧) النهاية في غريب الحديث والأثر: المبارك بن محمد بن الأثير (٦٠٦ هـ) ط. العثمانية ١٣١١هـ.

(١٨) شرح النووي علىٰ صحيح مسلم: يحي بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) ط. المصرية ومكتبتها.

(١٩) فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) ط. البهية. مصر ١٣٤٨ هـ.

(٢٠) نيل الأوطار: محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٥ هـ) ط. العثمانية.

(٢١) حاشية عون المعبود: أبو الطيب شمس الحق العظيم آبادي (١٣٢٠ هـ) ط. هندية حديثة.

(٢٢) التعليق المغني علىٰ سنن الدارقطني: أبو الطيب شمس الحق العظيم آبادي (١٣٢٠ هـ) دار المحاسن.

ثالثا: كتب الفقه الإسلامي

(أ) الفقه الحنفي:

(٢٣) المبسوط: محمد بن أحمد بن سهل السرخسي (٤٣٨ هـ) ط. السعادة. مصر ١٣٢٤هـ.

(٢٤) بدائع الصنائع: علاء الدين بن مسعود الكاساني (٥٨٧ هـ) ط. المطبوعات العلمية، مصر ١٣٢٧ هـ.

(٢٥) الاختيار لتعليل المختار: أبو الفضل عبدالله بن محمود الموصلي (٦٨٣ هـ) ط. السعادة. مصر ١٣٧٦ هـ.

(٢٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٢ هـ) ط. الأميرية ١٣٧٦ هـ.

(٢٧) الفوائد الطرسوسية: نجم الدين إبراهيم بن علي الطرسوسي (٧٥٨ هـ) ط. الشرق. مصر ١٣٤٤ هـ.

(٢٨) جامع الفضولين: أبو بكر علي المعروف بالحدادي (٨٠٠ هـ) ط. الخيرية. مصر ١٣٢٢هـ.

(٢٩) معين الحكام: علاء الدين الطرابلسي (٨٤٤ هـ) ط. الأميرية بولاق.. ١٣ هـ.

(٣٠) فتح القدير: كمال الدين بن الهمام (٨٦١ هـ) ط. الأميرية ١٣١٥ هـ.

(٣١) البحر الرائق: إبراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠ هـ) ط. دار المعرفة. بيروت.

(٣٢) الأشباه والنظائر: إبراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠ هـ) ط. العامرة. مصر ١٢٩٠ هـ.

(٣٣) حاشية ابن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢ هـ) ط. العثمانية ١٣ ٢٥ هـ.

(٣٤) رسائل ابن عابدين: محمد أمين بن عابدين (١٢٥٢ هـ) ط. العثمانية.

(٣٥) مجلة الأحكام العدلية: لجنة من العلماء (١٢٩٨ هـ) ط. العثمانية.

(ب) الفقه المالكي:

(٣٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٩٥ هـ) ط. البابي الحلبي ١٣٧٩هـ.

(٣٧) الفروق: أحمد بن أدريس القرافي (٦٨٤ هـ) دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٦ هـ.

(٣٨) قوانين الأحكام الشرعية: أبو القاسم محمد بن جزئ (٧٤١ هـ) دار العلم للملايين بيروت.

(٣٩) مختصر خليل: خليل بن إسحاق بن موسىٰ (٧٧٩ هـ) مع الشرح الكبير للدردير.

(٤٠) تبصرة الحكام: إبراهيم بن فرحون (٧٩٩ هـ) ط. البهية. مصر ١٣٠٢ هـ.

(٤١) مواهب الجليل: محمد بن عبدالرحمن الحطاب (٩٥٤ هـ) ط. السعادة مصر ١٣٢٩ هـ.

(٤٢) شرح مختصر خليل: أبو عبدالله الخرشي (١١٠١هـ) ط. الأميرية ١٣١٧ هـ.

(٤٣) الشرح الكبير- هامش حاشية الدسوقي- أحمد بن محمد الدردير (١٢٠١ هـ).

(٤٤) حاشية الدسوقي: محمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) ط. السعادة. مصر ١٣٢٩هـ.

(جـ) الفقه الشافعي:

(٤٥) الأم: أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) ط. الفنية.

(٤٦) مختصر المزني- هامش الأم: إسماعيل بن يحي المزني (٢٦٤ هـ).

(٤٧) المهذب: إبراهيم بن علي الشيرازي (٤٧٦ هـ) ط. البابي الحلبي ١٣٤٣ هـ.

(٤٨) مغني المحتاج: محمد الشربيني الخطيب (٩٧٧ هـ) ط. البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ.

(٤٩) نهاية المحتاج: محمد بن أبي العباس الرملي ١٠٠٤ هـ.

(د) الفقه الحنبلي:

(٥٠) المغني: عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠ هـ) ط. دار المنار ١٣٦٧ هـ.

(٥١) السياسة الشرعية تقي الدين أبو العباس بن تيمية (٧٢٨ هـ) دار الكتاب العربي.

(٥٢) مجموعة فتاوىٰ شيخ الإسلام ابن تيمية (٧٢٨ هـ) ط. كردستان.

(٥٣) إعلام الموقعين محمد بن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) ط. الجيل. بيروت.

(٥٤) الطرق الحكمية: محمد بن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) ط. مصر.

(٥٥) كشاف القناع: منصور بن يونس البهوتي (١٠٥١ هـ) ط. أنصار السنة.

الفقه الظاهري:

(٥٦) المحلىٰ: أبو محمد علي بن أحمد بن حزم (٤٥٦ هـ) ط. الإمام. مصر.

رابعا: كتب أصول الفقه الإسلامي

(٥٧) المستصفىٰ من علم الأصول: أبو حامد الغزالي (٥٠٥ هـ) ط. الأميرية ١٣٢٢ هـ.

(٥٨) كشف الأسرار: عبدالعزيز البخاري (٧٣٠ هـ) ط. العثمانية.

(٥٩) الموافقات: إبراهيم بن موسىٰ الشاطبي (٠ ٧٩ هـ) ط. السلفية ١ ١٣٤ هـ.

(٦٥) علم أصول الفقه: عبدالوهاب خلاف. ط. النصر.

خامسا: اللغة والتراجم:

(٦١) لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور (٧١١ هـ) ط. الأميرية ١٣٠٠ هـ.

(٦٢) التعريفات: علي بن محمد السيد الجرجاني (٨١٦ هـ) ط. البابي الحلبي ٥٧ ١٣ هـ.

(٦٣) تاج العروس شرح القاموس: محمد بن محمد مرتضىٰ الزبيدي (١٢٠٥ هـ) ط. الخيرية ٦. ١٣ هـ.

(٦٤) الإعلام: خير الدين الزركلي ط. بيروت.

سادسا: مؤلفات حديثة

(٦٥) طرق القضاء في الشريعة الإسلامية: أحمد إبراهيم ط. السلفية مصر ١٣٤٧ هـ.

(٦٦) التعليق علىٰ نصوص قانون الإثبات: أحمد أبو الوفا ط. منشأة المعارف.

(٦٧) علم القضاء: أحمد الحصَري.

(٦٨) أصول المرافعات الشرعية: أنور العمروسي.

(٦٩) دروس في قانون الإثبات: عبد الودود يحي ط. دار النهضة العربية.

(٧٠) مباحث في المرافعات الشرعية: محمد زيد الابياني ط. عبدالله الكتبي. مصر.

(٧١) من طرق الإثبات في الشريعة والقانون: محمد البهي. ط. دار الفكر العربي.

(٧٢) شرح أصول المحاكمات المدنية السوري للدكتور رزق الله الأنطاكي.

(٧٣) تقنين أصول المحاكمات المدنية السوري للأستاذ شفيق طعمه وأديب استانبولي.

(٧٤) شرح أصول المحاكمات المدنية السوري «مجموعة محاضرات ألقيت على طلاب السنة الثالثة في كلية الحقوق بدمشق عام ١٩٩٧» للدكتور هشام عوض.

(٧٥) المرافعات المدنية والتجارية، دار المعارف بمصر، الطبعة العاشرة ١٩٧٠

(٧٦) نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار المعارف، الطبعة الثالثة ١٩٦٣، د. أحمد أبو الوفا.

(٧٧) نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٦٤.

(٧٨) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

(٧٩) أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠. أحمد السويطي.

(٨٠) الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة، القاهرة ١٩٧١. أحمد صدقي محمود.

(٨١) أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، أحمد مسلم.

(٨٢) أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٢. أحمد هندي.

(٨٣) أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩.

(٨٤) مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل الدعوى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧. آدم وهيب النداوي.

(٨٥) دور الحاكم المدني في الإثبات-دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

(٨٦) أسس التشريع والنظام القضائي في الأردن، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ١٩٧١. أديب الهلسة.

(٨٧) مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية، ١٩٩٨. حسن النداني.

(٨٨) موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٥.أنور طلبة.

(٨٩) الدفوع في قانون المرافعات، بدون ناشر، الطبعة الثانية، ١٩٩٨. خالد شهاب.

(٩٠) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثامنة. رمزي سيف.

(٩١) إحالة الدعوىٰ في قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، ٢٠١٢.حسن العفيف.

(٩٢) شرح مجلة الأحكام العدلية. سليم رستم باز.

(٩٣) شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.عباس العابودي.

(٩٤) شرح قانون الإجراءات المدنية (المرافعات)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥-١٩٦٦.عبدالباسط جميعي.

(٩٦) تأثير ارتباط الدعوىٰ علىٰ وحدة الخصومة المدنية – رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩١.عبدالعال تمام.

(٩٧) الطعن بالنقض، والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، الطبعة الأولىٰ، ١٩٧٠، دار الفكر العربي. عبدالعزيز خليل بديوي.

(٩٨) الدفع بالقضية المحكمة وأثره علىٰ الدعوىٰ القضائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة القدس، ٢٠٠١. عبدالله خليل حسين الفرا

(٩٩) الدفع بعدم جواز نظر الدعوىٰ لسبق الفصل فيها، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ١٩٩٨.علي عوض حسين.

(١٠٠) الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠. فتحي والي.

(١٠١) دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.محمد خليل أبو بكر.

(١٠٢) الدفع بعدم القبول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٧.محمد شتا أبو السعد.

(١٠٣) الدفوع المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩.المستشار معوض عبد التواب.

(١٠٤) الدفع بعدم قبول الدعوىٰ، بدون ناشر، ١٩٩٩. مصطفىٰ ياغي.

(١٠٥) أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي في الأردن، دار الكرمل للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٨.مفلح القضاة.

(١٠٦) الموجز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، بدون ناشر ١٩٨٨موسىٰ الاعرج

(١٠٧) الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١ .

(١٠٨) قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٤. نبيل إسماعيل عمرو.

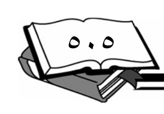
(١٠٨) الطعن بالاستئناف وإجراءاته في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية.

(١٠٩) النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية.

(١١٠) الطعن بإعادة المحاكمة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية. نبيل العمروسي، ونشأت الاخرس.

(١١١) شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، التنظيم القضائي والاختصاص والقضاء المستعجل، دار الثقافة، ٢٠١٠ .

(١١٢) الموجز في مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧. وجدي راغب.



فهرس الموضوعات

الفصل الثالث: الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى

الفصل السادس: شروط قبول الدعوى والجواب عليها ومنع سماعها

الفصل السابع: انتهاء الدعوى

الفصل الثامن: طرق الطعن في الأحكام



الباب الثاني: الدفوع

الفصل الأول: تعريف الدفع في اللغة والاصطلاح

الفصل الثاني: أنواع الدفوع

الفصل الثالث: الفرق بين الدفوع وقواعد الدفوع

الباب الثالث: البينات

الفصل الأول: الإقرار

الفصل الثاني: الشهادة

الفصل الثالث: الحكم باليمين

الفصل الخامس: القرينة

الفصل السادس: الخبرة